

2

O resgate do estudo das sanções pela filosofia do direito

Há algum tempo, o tema das sanções jurídicas tem sido deixado de lado por grande parte dos filósofos analíticos do direito. Essa afirmação pode causar estranheza àqueles que não estão familiarizados com os debates nessa área. Afinal, o fenômeno coercitivo parece exercer uma função importante no direito. O menosprezo desse elemento nos debates filosóficos, no entanto, tem um fundamento. O problema é que esse fundamento é geralmente aceito com pouca reflexão por grande parte dos estudiosos desse campo de conhecimento e talvez seja mais frágil do que se supõe.

Para os positivistas jurídicos – ao menos os que seguem a tradição norte-americana –, a crítica de Herbert L. A. Hart ([1961] 2005) à obra de John Austin ([1832] 2000) é o ponto de partida para a discussão sobre o conceito de direito. A partir do trabalho de Hart de refutação da teoria de Austin, toda uma agenda de estudos foi definida para os teóricos do direito. Embora Hart esboce um traçado em outro sentido, acabou sedimentada a ideia de que o material de investigação desses filósofos seria exclusivamente composto por elementos tidos como necessários e suficientes para o surgimento de uma obrigação jurídica, e/ ou de um sistema jurídico. Além disso, tornou-se um axioma a posição de Hart no sentido de, ao contrário do que Austin pensava, a sanção não ser necessária para o conceito de direito, e de que a normatividade do direito pode ser explicada, portanto, sem recorrer ao estudo da sanção como elemento da norma jurídica. Esses dois pontos somados fizeram com que a sanção fosse deixada de lado das grandes discussões da teoria do direito, figurando apenas como um assunto de menos importância para a área.

Recentemente, todavia, Frederick Schauer passou a questionar tanto algumas das críticas de Hart, envolvendo a importância das sanções para o

entendimento sobre como funciona o direito, quanto a interpretação do trabalho de Hart feita por seus sucessores.

De fato, a leitura de Austin feita por Hart pode não ter sido das mais generosas, além disso os intérpretes posteriores parecerem ter escolhido uma leitura que talvez não fosse a inicialmente pretendida por Hart. Schauer acredita que deve ser conduzida uma mudança de postura em relação a como abordar o conceito de direito, bem como os possíveis objetos e metas da teoria do direito. O que Schauer propõe é uma nova agenda de estudos, que busque compreender melhor como o direito funciona como ferramenta social que é.

O propósito desse capítulo é de justamente explicar e afirmar o compromisso com o projeto de Schauer e sugerir uma nova orientação metodológica que permita uma maior compreensão dos usos das sanções. Assim, de forma a entender o lugar atual da sanção no debate jusfilosófico, serão expostas a posição de Austin, algumas das críticas de Hart e as reflexões de Schauer. Entende-se que essa alteração no debate é necessária, pois permitirá novas conclusões a respeito de nossa relação com o direito. Aposta-se para esse fim na inclusão da análise de características não essenciais, mas importantes para o direito moderno, como o uso de sanções, aliada ao uso do material produzido sobre o assunto por pesquisadores de outras áreas.

2.1

Uma revisão das críticas de Hart à Austin

Austin buscava explicar de forma satisfatória o que significa uma obrigação jurídica. Essa iniciativa é importante, para diferenciar o direito de outras empreitadas normativas. Descrições abstratas das normas jurídicas como proposições, ou como prescrições, não são capazes de fazer com que compreendamos essa distinção. As leis do direito brasileiro e as normas morais descritas ou sugeridas por filósofos, por exemplo, são ambas prescritivas, no entanto não possuem o mesmo peso no nosso raciocínio prático. As normas morais nos dizem o que devemos fazer, enquanto as normas do direito brasileiro

dizem o que temos a obrigação de fazer. Explicar, portanto, essa diferença e como o direito cria essa obrigação é um dos objetivos principais da teoria do direito.

Seguindo essa linha, portanto, à luz do entendimento de Austin, o direito é composto por leis ou regras e essas (leis ou regras) são, em essência, espécies de comandos emitidos por um soberano³. Para o autor, um comando é uma expressão de um desejo, sustentada por uma ameaça de infligir um mal, no caso de o desejo não ser cumprido, feita por alguém que está disposto e apto a levar a ameaça a cabo (Austin, [1832] 2000, p. 13-14). É essa capacidade de infligir um mal associada à disposição de executá-lo que caracteriza um comando, ainda que ele tenha sido expressado em forma de uma solicitação.

Em outras palavras, uma pessoa está obrigada a fazer algo quando outrem expressa uma vontade para que ela aja ou se abstenha de agir; além disso, quem está expressando deve estar disposto e apto a infligir um mal, se o desejo não for cumprido. A obrigatoriedade do cumprimento do comando, ou seja, o dever de cumpri-lo, é decorrente da presença desse mal. Há uma relação, portanto, entre ‘dever’ e ‘comando’, como afirma o autor: “onde quer que um dever exista, um comando foi apresentado; e quando um comando é apresentado, um dever é imposto” (Austin, [1832] 2000, p. 14).

Austin se refere à sanção como esse mal que poderá ser infligido caso o comando seja desrespeitado, e o dever descumprido⁴. Como visto em sua teoria, as sanções exercem um papel extremamente importante, uma vez que é a presença delas que distingue um comando de uma prescrição de outro tipo e cria um dever, uma obrigação de cumprimento para todos aqueles a quem o comando é endereçado⁵.

É justamente pela ameaça e pela imposição de sanções tanto a cidadãos como a oficiais do governo que o direito produz o hábito de obediência naqueles que, noutro caso, não estariam inclinados a levar seu conteúdo como motivação para agir. A obrigação jurídica, para Austin, como descreve Schauer (2010a, p. 6),

³ Apenas para fins de esclarecimento, Austin entende o soberano como aquele a que todos têm o hábito de obedecer e ele mesmo não obedece a mais ninguém (Austin, [1832] 2000, p. 193-194).

⁴ Austin usa ‘sanção’ e não ‘punição’, uma vez que ele entendia a punição apenas como uma classe das sanções (Austin, [1832] 2000, p. 15).

⁵ Outro ponto interessante na obra de Austin que merece ser relatado é que o autor entendia que sanções, uma vez que representam um mal, não incluem a ideia de recompensa. Recompensas não podem gerar deveres, embora sirvam como motivos para cumprir uma diretiva. Uma norma jurídica que preveja uma recompensa gera um direito de fazer algo e não uma obrigação. (Austin, [1832] 2000, p. 16-17).

era redutível a uma questão de fato: o fato empírico que cidadãos e oficiais, na existência do direito, sentiam-se obrigados pela ameaça de sanções a fazer o que o direito demandava.

Para Hart, Austin falha em explicar a normatividade jurídica, bem como em reconhecer o ponto de vista interno dos oficiais de direito ao reduzir a existência das obrigações legais à presença factual de sanções (ou coerções). Conquanto não use exatamente essas palavras, Hart considera que Austin cai numa falácia reducionista ao entender que todas as regras jurídicas devem ser reduzidas a um tipo simples: comandos, ou ordens apoiadas por sanções (Rumble, 2005, p. 227-228).

Para Hart, a teoria de Austin é falha, em primeiro lugar, por prestar muita atenção a regras que impõem deveres, típicas de algumas áreas do direito, como o Direito Penal ou o Direito Tributário. Austin esquece aquelas que conferem poder, tanto para oficiais como para cidadãos, em casos como o de celebração de contratos ou de casamentos, por exemplo⁶. Nesses casos, o que o direito está fazendo é dando capacidade aos particulares. Ele está facilitando a realização de desejos, emprestando aos particulares poderes para criar estruturas de direitos e deveres (Hart, [1961] 2005, p. 35).

Quando se deixa de cumprir todo o exigido pelo Código Civil para a feitura de um testamento, por exemplo, o único efeito é a nulidade do documento, isto é, ele não será válido juridicamente. Essa atitude não representa um descumprimento de dever ou um delito. Uma expressão disso é o fato de os juristas não se referirem a tais casos como “violações”, “ofensas”, que alguém agiu “ilegalmente”, ou que seja “culpado” por uma desobediência, mas como “descumprimentos de requisitos de validade” e que, portanto, o documento não deverá produzir os efeitos esperados. Trata-se de “invalidade”, e não de “ilegalidade” (Shapiro, 2011, p. 60). Essas leis, dessa forma, não criam deveres; não indicam o que as pessoas devem fazer ou deixar de fazer. Elas apenas

⁶ Embora essa crítica seja tradicionalmente atribuída a Hart, Frederic Harrison, contemporâneo de Austin, já havia apontado diversos exemplos, no campo do direito, de regras que não têm o elemento do comando de forma tão clara. Diferentemente de Hart, no entanto, as críticas de Harrison não indicavam uma conclusão clara. O autor demonstrava estar fortemente conectado à teoria de Austin e, inclusive, negou expressamente que ela não se aplicava a todos os casos (Rumble, 2005, p. 229-231). De qualquer forma, é interessante notar que, mesmo no século XIX, já havia questionamento sobre vinculação tão forte do direito à presença de um elemento coercitivo.

apresentam o que é requerido para o caso em que queiramos que nossos documentos produzam algum efeito.

O mesmo pode ser dito das leis responsáveis por modelar instituições. Uma autorização constitucional, por exemplo, para certo grupo de pessoas criar novas leis sobre determinados assuntos ou para julgar possíveis violações a leis, não é coercitiva e não se enquadra naquele grupo de leis pensado por Austin. Segundo o autor, aqueles que exercem um desses poderes sem estar autorizado produz algo inválido, não reconhecido pelo direito. Note-se que para haver punição tanto para quem atua irregularmente sem ter a capacidade jurídica, como para quem tem a capacidade e deixa de atuar, é necessária uma outra lei, que crie um dever em tal sentido.

Um problema é que, como afirma Shapiro (2011, p. 61), as leis geralmente não vêm com um rótulo “confere poderes” ou “cria deveres”. O que as diferencia, para o autor, é a forma como atuam nos diferentes aspectos de nossa liberdade. O primeiro aspecto é o caráter negativo da liberdade. Estamos livres de forma negativa na medida em que ninguém nos impede de fazer algo. O segundo aspecto é o caráter positivo da liberdade, que é simplesmente possuir a habilidade, ter os recursos, para tomar uma ação. Alguém tem liberdade positiva quando possui os recursos necessários para fazer aquilo que deseja. Dessa forma, todos somos negativamente livres para comprar uma mansão, mas poucos são livres de forma positiva para de fato fazê-lo, uma vez que é necessário ter muito dinheiro para poder se engajar nessa empreitada.

Assim, as leis que criam deveres agem restringindo nossa liberdade negativa. Elas diminuem nosso campo de ação, nossas possibilidades de agir. O propósito delas é justamente evitar que pessoas ajam de determinadas maneiras, ou garantir que elas o façam. Por outro lado, no caso das leis que estabelecem poderes, o que está acontecendo é um aumento na liberdade positiva. Tais leis fornecem os recursos necessários para tornar certas ações possíveis a determinadas pessoas (Shapiro, 2011, p. 62).

Austin, porém, tinha uma defesa pronta para a objeção de que nem todas as leis possuem sanções e criam deveres. Para a ideia de que há leis que “meramente criam direitos” (Austin, [1832] 2000, p. 29), o autor entendia que, em verdade, tratavam-se de leis que meramente criam deveres. Para ele, cada lei que cria direitos traz também deveres expressos ou tácitos relativos àquele direito

(Austin, [1832] 2000, p.29). A nulidade seria uma sanção para quem não cumpre com os requisitos da regra estabelecida.

A resposta de Hart para essa afirmação é apontar uma diferença crucial entre os dois tipos de normas. Para as regras que criam deveres, as do direito penal, por exemplo, é possível que se retire a ameaça de sanção e elas continuem tendo um padrão de comportamento inteligível a ser seguido (Shapiro, 2011, p. 63). Caso seja retirada a parte referente à previsão da pena para um caso de homicídio, ainda é possível compreender haver uma proibição em relação a esse comportamento. Nos casos das leis que conferem poder, isso não é possível. Tirar a ameaça de nulidade culminaria em tirar a regra em si.

Caso seja removida a ameaça de nulidade da regra, por exemplo, que prevê que um grupo seja reconhecido como uma associação, desde que as pessoas que o compõem tenham se unido sem propósitos econômicos, a regra simplesmente deixa de funcionar. Ela simplesmente pressupõe que uma pessoa sozinha ou que um grupo visando ao lucro não possa receber o título de associação. Caso qualquer formação seja passível de reconhecimento como uma associação, a regra nada fez. “É claramente um absurdo chamar algo de uma regra se alguém não pode fazer nada mais, além de agir em conformidade com ela” (Shapiro, 2011, p. 63). A capacidade de guiar é uma característica das regras, e retirar as ameaças de nulidade acaba por neutralizar essa capacidade.

Além disso, embora a nulidade sirva como um estímulo negativo, assim como a sanção, ela não representa em geral um “mal” para aquele que não cumpriu as exigências jurídicas (Hart, [1961] 2005, p. 42). Quando há o descumprimento de uma regra que cria um dever, há a provável ocorrência de um prejuízo para aquele que a descumpra. A execução de uma sanção causará uma perda àquele a quem ela é imposta. No caso do descumprimento das regras que estabelecem poderes, entretanto, isso não acontece. A perda é apenas em relação a um possível benefício, o que não altera o status do agente. Aquele que descumpra as exigências de norma de tal tipo deixa de perceber o benefício que elas trazem, apenas deixa de ter sua liberdade positiva ampliada.

Outra crítica de Hart à Austin está relacionada ao próprio conceito de comando e à ideia de obrigação como oriunda de uma ameaça de sanção. Fazendo uma análise do uso da língua inglesa, Hart alega que não é a possibilidade da ocorrência de um mal o que difere o comando de outros imperativos. Comando

geralmente é associado a um contexto militar, em que há uma organização hierárquica e posições de proeminência de pessoas em relação a outras. No entanto, há ainda outros contextos em que se diz que alguém comandou outro, como por exemplo, “quando se diz no Novo Testamento que Cristo comandava os seus discípulos” (Hart, [1961] 2005, p. 25). Não é o mal ou a ameaça dele que caracterizam uma diretiva como um comando, portanto. Para o autor:

Comandar é caracteristicamente exercer autoridade sobre homens, não o poder de lhes infligir um mal, e, embora possa estar ligado com ameaças de um mal, um comando é primariamente um apelo não ao medo, mas ao respeito pela autoridade (Hart, [1961] 2005, p. 25).

Não há também que se falar em obrigação, como oriunda do tipo de comando pensado por Austin. A ideia de Austin parece funcionar como o caso em que um assaltante demanda a um cidadão que lhe dê todo seu dinheiro, enquanto o ameaça com uma arma na mão (e está disposto a levar a cabo a ameaça). Embora possa ter sido executado um comando nos termos de Austin, dificilmente alguém diria que o cidadão *tinha a obrigação* de entregar seu dinheiro.

Hart entende haver uma distinção entre *ter uma obrigação* e *ser obrigado* (Hart, [1961] 2005, p. 92), e, no caso do assaltante, é possível falar que o cidadão *foi obrigado* a entregar seu dinheiro, mas não que ele *tinha uma obrigação*. Quando se fala que alguém *foi obrigado* a fazer algo, infere-se está se um juízo psicológico. O que se está fazendo é afirmar determinadas crenças e motivos que possivelmente guiaram a pessoa a tomar aquela ação. No exemplo, diz-se que o cidadão *foi obrigado* a dar seu dinheiro, porque, diante da história contada, crê-se que, se não o tivesse feito, recairia um mal sobre ele, que esse mal era inevitável e que racionalmente ninguém deseja sofrer um mal.

Para se dizer que alguém *tem uma obrigação*, no entanto, não é necessário acesso ao conjunto de crenças e motivos da pessoa. A veracidade dessa afirmação não está relacionada a tais fatos. Uma pessoa, por exemplo, pode discordar da obrigatoriedade do voto, não ter vontade de votar, e até mesmo acreditar que nada acontecerá a ela caso ela não compareça para votar em uma eleição presidencial, mas, ainda assim, a afirmação de que essa pessoa tinha obrigação de votar continua verdadeira. Nas palavras de Hart:

Assim, a afirmação de que uma pessoa tinha a obrigação, por exemplo de dizer a verdade ou de apresentar-se para prestar serviço militar, é verdadeira, ainda que ela acreditasse (razoavelmente ou não) que nunca seria descoberta e que nada tinha a temer por causa da desobediência. Além disso, enquanto que a afirmação de que tinha esta obrigação é basicamente independente da questão sobre se essa

pessoa de facto se apresentou ou não a prestar o serviço, a afirmação de que alguém foi obrigado a fazer algo acarreta normalmente a implicação de que a pessoa efetivamente o fez(Hart, [1961] 2005, p. 93).

Dizer que alguém tem uma obrigação é afirmar a existência de uma regra social (implícita ou explícita), que os membros da sociedade buscam cumprir na maior parte do tempo e cuja pressão da sociedade para o seu cumprimento é grande (Hart, [1961] 2005, p. 96). Tal afirmação pode gerar o equívoco de se pensar que é a pressão social que cria o vínculo obrigacional das pessoas com os atos prescritos por aquelas normas. Embora seja importante para determinar se uma regra social dá origem a uma obrigação, a “*seriedade* da pressão social subjacente às regras”(Hart, [1961] 2005, p. 97) não é o que torna uma conduta obrigatória. Para identificar a existência de uma obrigação, é necessário tomar o *ponto de vista interno*, ou seja, enxergar o modo como o próprio grupo encara o seu comportamento, uma vez que para seus membros, não é o fato de outras pessoas tomarem aquele curso de ação a razão para eles mesmos tomarem. Para essas pessoas, não é o fato de outros dirigirem a 80 km/h, ou a possibilidade de se levar uma multa, a razão para elas dirigirem a 80 km/h também. Trata-se de cumprir com uma regra internalizada, de tratar as obrigações trazidas pelas regras como razões morais independentes para se agir.

As razões morais trazidas pelas regras podem colidir com razões morais de outras naturezas de um indivíduo. Uma pessoa, por exemplo pode achar que não há problemas com a abertura de cartas de outras, e ainda assim, não o fazer tão somente por haver uma lei que diz que não o é permitido. Novamente, pouco importa saber como essa pessoa moralmente se sente em relação a “abrir cartas de outras pessoas”, diz-se que ela *tinha uma obrigação*, pelo fato de ela tratar aquela regra como uma razão para agir, concordando ou não com a ação.

Hart entendia que Austin se preocupava muito com o ponto de vista externo, limitado a descrever como regras funcionam regularmente. Utilizar somente esse ponto de vista até capta o comportamento de alguns cidadãos, mas não o da maioria deles. Austin, portanto, descreve como um “bad man” (“homem mau”) atua, na nomenclatura de Oliver W. Holmes Jr. (1897, p. 457-458), isto é, um homem que age de acordo com o direito apenas estrategicamente, somente preocupado com a possibilidade de sofrer algum mal, como consequência de seus atos. Para Hart, os homens se assemelham mais a um “puzzled man” (“homem perplexo”) que, de boa-fé, está preocupado em saber o que diz o direito e

predisposto a cumpri-lo ([1961] 2005, p. 100). Ao ignorar esse sujeito, comprometido com o ponto de vista interno do direito, que não está preocupado com sanções jurídicas e que, mesmo assim sente-se obrigado a seguir o direito, Austin, segundo Hart, falhou em capturar a essência da obrigação jurídica e, portanto, da normatividade do direito.

Como já foi dito, essas críticas de Hart, dentre outras, transformaram a academia. Os jusfilósofos, interessados em fazer uma descrição do conceito de direito e de obrigação jurídica, passaram a eliminar as sanções de seus estudos. Uma vez que elas se tornaram desnecessárias para se explicar a normatividade jurídica, elas passaram também a ser consideradas como um objeto de estudo não relevante para esses estudiosos. Contrariando essa perspectiva, Frederick Schauer (2010a) trouxe à tona algumas preocupações empíricas com as críticas de Hart à obra de Austin. Para Schauer, a crítica de Hart não parece, ao menos hoje, tão precisa assim.

Primeiro, há de se questionar se o argumento de Hart sobre o uso ordinário da linguagem envolvendo as diferenças entre *estar obrigado* e *ter uma obrigação* é um argumento sólido. Essa distinção semântica não parece encontrar respaldo na forma como as pessoas de fato usam essas expressões no português⁷. “Ele tinha a obrigação de entregar o dinheiro” ou “Ele foi obrigado a dar o dinheiro” são usados para representar a mesma ideia. Em inglês⁸ também não parece haver uma distinção tão clara no uso, aliás, até a Suprema Corte Americana usa os dois termos com o mesmo sentido, como em: “o herdeiro, em virtude de sua responsabilidade enquanto herdeiro, para com a obrigação de seu antecessor, seria obrigado a responder por todos os frutos e rendimentos, como herdeiro, se não for possuidor”⁹ (Schauer, 2010a, p. 22). Talvez até exista tal diferença entre os termos, mas o material empírico para essa conclusão é escasso e, se a conclusão é sólida, ela deve apoiar-se em outro aspecto, além da distinção que é incorporada à nossa linguagem e aos conceitos que ela reflete (Schauer, 2010a, p. 23).

⁷ No Dicionário Priberam de Língua Portuguesa, o termo “obrigação” aparece não só como “1. Dever. 2. Necessidade moral.”, mas também como “5. Imposição, preceito.” Ver <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=obriga%u00e7%u00e3o>.

⁸ Schauer relata que no Dicionário de Inglês de Oxford, o termo obrigação pode significar referir um compromisso moral ou baseado em uma promessa. Especificamente para a expressão obrigação jurídica, “executável pelo direito”, há a acepção de consequência de uma “força ou influência constrangedora.” (Schauer, 2010a, p. 22n)

⁹ Longpre v. Diaz, 237 U.S. 512, 528 (1915).

Questionar a crítica de Hart não torna o argumento de Austin mais forte; demonstra, porém, que talvez os filósofos tenham aceitado muito fácil o seu ponto. Em verdade, a posição de Austin é mais sólida do que parece. O problema é que Hart foi pouco generoso em sua leitura. O projeto de Austin envolvia o conceito de uma obrigação jurídica, e não de uma obrigação *lato sensu* (Bix, 2006, p. 5-9)¹⁰.

É verdade que se pode entender, usando a construção de Hart, obrigações jurídicas sem a necessidade de sanções, como qualquer obrigação de outro tipo. No entanto, ao fazer isso não se terá feito muito progresso em separar e entender as diferenças das obrigações jurídicas em relação às demais. Dessa forma, a contribuição de Austin foi de afirmar que o material coercitivo é o que distingue as obrigações jurídicas das de outros tipos. Nessa linha, Schauer entende que:

Sanções não são componentes dos deveres em *lato sensu*, e Austin estava errado se ele for melhor interpretado dessa maneira. Mas, se estamos procurando por como o direito é diferente de outros sistemas de regras, então as sanções que o direito dispõe podem servir como função distintiva, e nesse sentido, pode muito bem ser um componente essencial do dever *jurídico*, ao invés de ser um componente essencial de todos os deveres. É verdade que podemos entender os deveres jurídicos de uma maneira livre de sanções, da mesma maneira como conseguimos entender os deveres dentro do futebol e os deveres familiares. Mas se fazer isso oferece uma explicação insatisfatória sobre como o direito, contingentemente, é entendido e experimentado, então uma explicação do direito livre de sanções, mesmo se não for sobre o dever jurídico, é uma explicação que não condiz com os fatos do direito como nós conhecemos (Schauer, 2010a, p. 27).

Em segundo lugar, os sistemas jurídicos modernos podem ser, de fato, mais coercitivos do que Hart supunha. Assim como houve um aumento na quantidade de casos de liberdade de organização privada, por meio de leis não-coercivas que criam direitos e autorizam situações jurídicas, houve uma evolução até maior de leis coercivas que impõem obrigações e deveres. Além de terem aumentado em número, as leis tributárias estão mais complexas e mais invasivas. O Estado está cada vez mais atuante e de forma cada vez mais complexa em campos da economia por meio da regulação. As leis trabalhistas cada vez endurecem mais a vida dos empregadores.

¹⁰ Apesar de Austin vincular a figura da obrigação aos comandos segurados por sanções, ele o faz depois de distinguir as regras (um tipo de comando) do direito de outras regras, como as criadas por opiniões sociais, pela moralidade e pela lei de Deus. Fato é que Austin em nenhum momento diz em sua obra que apenas os comandos jurídicos criam obrigações (Schauer, 2010a, p. 25n).

Além disso, o fenômeno do encarceramento, uma das formas jurídicas de punição, tem crescido em todo o mundo. Ainda que a porcentagem de pessoas presas no mundo não seja grande (145 a cada 100 mil pessoas)¹¹, há o número expressivo de pelo menos 9,8 milhões de pessoas presas, número maior do que a população de alguns países como Dinamarca, Suécia, Noruega, entre outros do continente europeu e fora dele também. Como já dito, o fenômeno é dinâmico e a cada ano a população carcerária aumenta. No Brasil, *e.g.*, de 1992 para 2010, houve um salto de 114.377 presos para 496.251 saindo de um índice de 74 para 253 presos a cada 100 mil habitantes¹².

A outra preocupação empírica de Schauer está relacionada com o pedido de Hart para que foquemos no homem perplexo, e não no homem mau. A premissa de Hart parece ser a de que existem mais homens que estão dispostos a cumprir com as normas jurídicas simplesmente pelo fato de serem jurídicas, do que homens que agem estrategicamente em relação ao direito. O problema é que se existirem poucos ou nenhum homem perplexo e existirem grandes números de homens medrosos, ou ambiciosos, que agem justamente como o homem mau, qual é o motivo de se focar em homens perplexos?

Pode ser o caso também que homens variem suas posturas conforme o conteúdo das normas jurídicas. Alguém pode, por exemplo, agir como um homem perplexo em relação a normas do direito civil e do direito penal, todavia agir apenas estrategicamente em relação ao pagamento de tributos, às normas trabalhistas, ou às leis de trânsito. O caso do trânsito parece comum quando se observa que é necessário colocar meios de fiscalização de velocidade em certas vias, e que muitas pessoas rotineiramente diminuem sua velocidade quando se aproximam dos radares de fiscalização. Para pessoas jurídicas, o agir estratégico parece ainda mais comum, basta ver a quantidade de causas julgadas em favor de trabalhadores pelos Tribunais Trabalhistas, ou pela quantidade de artifícios adotados por empresas para diminuir a carga tributária que incide sobre seus produtos.

¹¹ A conta é feita com base nos dados do “World Prison Population List”. A estimativa é de que em 2008 a população mundial era de 6,750 bilhões de pessoas, considerando-se 9,8 milhões de presos (2009, p. 1).

¹² Dados do International Centre for Prison Studies, disponíveis em http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_country.php?country=214.

Ainda, há a possibilidade de algumas pessoas, um grupo minoritário, acreditar que o direito de dado lugar carece de legitimidade. Esse grupo pode agir de forma estratégica para não se punido, enquanto tenta alterar a norma em vigor. Ou, pode-se crer que uma lei específica carece de legitimidade ou que é injusta, ainda que se concorde com o restante do direito. Um exemplo é a postura de algumas pessoas em relação ao nível de consumo de álcool máximo que alguém pode ingerir e dirigir sem ser punido, como previsto pela famosa Lei Seca (Lei 11.705 de 2008). Muitos acreditam que a legislação é exagerada e acaba por cercear a liberdade de locomoção dos indivíduos, contudo sabem que ela vai ser aplicada e não querem ser punidos com as duras sanções previstas pela norma. Outros até concordam com a lei ou, pelo menos, que ela traz benefícios, porém acabam preferindo, em algumas situações, consumir álcool e correr o risco de sofrer a multa. Exatamente para diminuir esse risco, alguns grupos em sítios de relacionamentos virtuais foram criados para que usuários de diversas cidades possam informar uns aos outros em que pontos da cidade estão armados os postos de fiscalização da polícia. Dessa maneira, essas pessoas demonstram não estarem preocupadas, ao menos por alguns instantes, em cooperar com a coletividade e cumprir com o que diz a regra jurídica em agir de forma a não receberem punições.

Esses comportamentos estratégicos descritos não parecem ser fruto de essências individuais, mas da forma como os sistemas jurídicos modernos são modelados. Ver uma regra jurídica, um conjunto, ou a totalidade delas, como ilegítima ou injusta é um comportamento que parece representar a incapacidade daqueles que produzem o direito em representar os reais interesses de grupos da população. Em sociedades extremamente complexas e populosas, nas quais dificilmente um cidadão conhece a maioria dos responsáveis por legislar, julgar e executar normas jurídicas, parece compreensível que se questione, pelo menos alguns dos enunciados.

Acresce-se às críticas o fato de Hart ter ignorado a função importante que o elemento coercitivo exerce para o sistema jurídico. Sanções servem como incentivos para ação, mesmo quando uma pessoa está preocupada em agir conforme o direito. Por meio delas, o direito consegue fornecer o serviço de permitir que “partes cooperem, agindo no melhor interesse dos agentes, a despeito da existência de outros incentivos racionais para se fazer o contrário” (Marmor,

2011, p.43). Tomemos, por exemplo, o ato de pagar tributos. Impostos, taxas, contribuições, entre outras espécies de tributos, são as formas que o Estado tem de arrecadar dinheiro para poder investir em educação, saúde, segurança, e outras necessidades para a vida em coletividade dos cidadãos. É bom que o Estado invista nisso, uma vez que todos percebem ganhos futuros, mas é ruim em curto prazo perder dinheiro. Ou seja, há uma razão para se pagar impostos, mas um motivo para não o fazer. O fato de haver uma sanção para o descumprimento das regras tributárias faz com que o cidadão tenha mais segurança de que outros agirão da mesma forma e não seguirão sua vontade de deixar de pagar. A ameaça de sanção possibilita que um agente coopere, justamente, por conseguir prever um pouco melhor o comportamento de seus pares.

Shapiro, apesar de seguir o caminho de Hart e apostar em uma teoria que também dá pouca importância às sanções, reconhece que, como um incentivo que o direito usa, elas não podem ser ignoradas por aqueles que investigam a teoria do direito, como fica claro da leitura da seguinte passagem:

Sanções, em outras palavras, são apenas um tipo de ferramenta que o direito pode usar para motivar comportamentos. Deveres são outra; recompensas um terceiro tipo. Uma teoria geral sobre a natureza do direito deve representar adequadamente todas as técnicas que o direito tem a sua disposição e não privilegiar de forma míope apenas uma em detrimento de todas as outras (Shapiro, 2011, p. 71).

Hart pode estar certo, a sanção pode ser um elemento desnecessário para o entendimento do conceito de obrigação jurídica. É possível que o direito possa operar exatamente da forma como Hart pensa. O problema é que Hart, e filósofos que seguiram sua linha de pesquisa, alegam estar fazendo uma teoria do direito descritiva, quando na verdade isso deveria depender da existência empírica de homens perplexos (ou ao menos de “posturas de perplexidade”) em números significativos. Sem essa “fundação empírica”, o conceito de direito seria distorcido e destacado da realidade. Para Schauer, parece que em relação ao objetivo da teoria do direito de capturar as mais importantes ou mais salientes características dos sistemas jurídicos modernos, quem parece ser mais empiricamente distorcido e irrealista não é o foco de Austin em sanções e coerção, mas o de Hart nas dimensões não-coercitivas do direito (2010a, p. 14).

2.2 Uma filosofia do direito de pretensões mais modestas

2.2.1 A virada anti-essencialista

Como já foi dito, embora pareça ser uma característica importante dos sistemas jurídicos, o tema das sanções foi deixado de lado pelos filósofos analíticos do direito. Isso aconteceu devido à abordagem metodológica utilizada por esses estudiosos. A teoria analítica do direito “é preocupada em explicar a natureza do direito¹³ tentando isolar e explicar aquelas características que tornam o direito aquilo que ele é” (Dickson, 2001, p. 17). Como natureza do direito entenda-se “aquelas propriedades naturais que um conjunto de fenômenos deve exibir para ser considerado direito” (Dickson, 2001, p. 17)¹⁴.

Dessa maneira, a quantidade de homens perplexos não faz muita diferença para essa teoria. A ideia per se de um homem perplexo pode exercer o papel de proporcionar um exercício filosófico para se explicar o direito conceitualmente. Se a tarefa da teoria do direito é, em parte, descrever a natureza do direito por meio de suas características essenciais e se é possível imaginar que alguém veja as regras jurídicas como razões independentes de sanção ou de conteúdo para a ação, então as sanções não podem estar inseridas no grupo das características essenciais.

Esse tipo de teoria, no entanto, pode produzir, no máximo, uma explicação sobre como o direito funciona para um tipo de pessoa, e não para todos os tipos.

¹³ Apesar de, possivelmente, carregar diferenças significativas entre si, os termos *natureza* e *conceito* estão sendo utilizados de forma indistinta, uma vez que os autores variam os termos, enquanto discutem o mesmo assunto.

¹⁴ Danny Priel descreve que a filosofia do direito tem duas preocupações. Uma envolve a análise do conceito de direito e outra explicar a natureza da prática do direito. O autor descreve que, infelizmente, essa distinção é raramente mantida pelo filósofos. Leia-se: “Hart, por exemplo, chamou seu livro de *O Conceito de Direito*, mas muito do seu livro estava preocupado com o exame de práticas sociais, em um ponto falando numa mesma sentença sobre ‘a “essência” ou a “natureza” ou a “definição” do direito’ e sugerindo que elas todas poderiam ser explicadas pelo exame das instituições jurídicas. Apesar de ele começar seu livro com alguma análise de conceitos como obrigação, quando ele chega na apresentação das características principais de sua teoria, Hart não tenta nem mesmo demonstrar que está implícito no conceito *direito* de todos. Nem provavelmente conseguiria se tentasse: os ingredientes de sua explicação (regras primárias e secundárias; a regra de reconhecimento) não são (ou ao menos não eram) familiares aos juristas daquele tempo. Ao invés disso, elas eram classificações impostas por Hart, que pensava que essa ordem iria iluminar certos aspectos importantes da prática, não o conceito. Seguindo ele, virtualmente todo o trabalho em teoria analítica do direito tem uma mistura imperceptível de discussão sobre o conceito *direito* e a prática direito.” (Priel, 2010, p. 4-5)

Assim sendo, se essa teoria não consegue descrever o funcionamento do direito para cidadãos ou oficiais que são guiados por sanções, então não se deve esperar mais que ela forneça uma explicação satisfatória sobre como os sistemas jurídicos são na prática. Trata-se de uma escolha por um tipo de empreitada que busca as características essenciais do conceito de direito, mas que dificilmente é preferível a uma teoria preocupada em identificar características não logicamente necessárias dos casos normais e paradigmáticos do direito.

Schauer e Leiter acreditam que, por ser o direito um artefato humano, uma abordagem não-essencialista seria mais adequada para conceituá-lo, isto é, uma perspectiva que considere que os conceitos podem ser construídos por semelhanças de família, como descritas pela teoria de Wittgenstein (Schauer, 2010a, p. 16). Dizem os autores sobre o tema:

O conceito de direito pode ser melhor entendido de uma maneira semelhante a um conceito do tipo *cluster*, de forma que tanto nosso uso da palavra 'direito' como nosso entendimento sobre o conceito de direito reflitam um fenômeno que simplesmente não é entendido e não existe com condições suficientes ou necessárias (Schauer, s.d., p. 2).

Conceitos artefatos, mesmo os mais simples como 'cadeira', são notoriamente resistentes a análises em termos de atributos essenciais, tanto porque eles são reféns das mudanças de propósitos e fins dos homens, como porque eles não podem ser individuados por suas propriedades naturais – diferentemente de fenômenos naturais como 'água,' que é apenas H₂O (Leiter, 2011, p. 666).

É possível que a apreensão da natureza de algo não envolva somente indicar e estudar suas propriedades necessárias. Por vezes, certas características não essenciais são, no entanto, altamente reconhecidas e relacionadas como aspectos que constituam essa natureza. Pode-se dizer que mamíferos bebem leite materno, queijos franceses são fedorentos, pessoas pesadas são lentas, ou que o Rio de Janeiro é quente no verão. Nenhuma dessas proposições é universalmente verdadeira, mas em todos esses casos o que está se dizendo é probabilisticamente, categorialmente e geralmente verdade. Alguns bebês mamíferos não são amamentados com leite materno, ou por possuírem alergia, ou pela incapacidade da mãe de produzir o alimento, mesmo assim ninguém diria que um desses seres não é mamífero. Um queijo francês que não tenha cheiro continua sendo queijo francês. Pessoas extremamente pesadas podem ser rápidas, basta ver alguns jogadores de futebol americano. E, ainda que não faça calor em algum momento, o verão no Rio de Janeiro continuará na mesma época todos os anos. O ponto é

que essas generalizações são verdades em geral, mas não são verdades universais. Não é, por exemplo, necessário que faça calor para ser verão no Rio de Janeiro.

É claro que algumas generalizações são falsas. Dizer que neva nas serras do estado do Rio de Janeiro, ainda que quase todo ano caia neve durante o inverno no Pico das Agulhas Negras, é uma generalização falsa. Assim como dizer que cães possuem três patas é uma generalização falsa, ainda que alguns, de fato, tenham uma pata a menos. O problema dessas generalizações não é que nenhum dos membros do conjunto não tenha aquela propriedade que se está atribuindo, é que a maioria dos membros não a possui. Dessa forma, Schauer diz que:

(...)generalizações são verdadeiras, ou sólidas, quando o predicado ou atributo existe em maior extensão dentro da categoria do que existe dentro de uma categoria maior ou de uma categoria diferente com a qual a categoria imediata possa ser comparada (Schauer, s.d., p. 5).

O mesmo acontece com o direito. Normalmente, o material jurídico é produzido por um grupo de pessoas chamado de “Poder Legislativo”; outro grupo, denominado “Poder Judiciário”, tipicamente é responsável por julgar os litígios dos cidadãos e aplicar as normas produzidas pelo Legislativo; é comum existirem outros que exercem funções técnicas, como os “advogados”, que são responsáveis por representar adequadamente aqueles que não dominam a linguagem jurídica; ainda, o direito comumente dispõe de um aparato coercitivo para garantir a execução de suas regras e ordens.

Diz-se “tipicamente” para essas categorias, porque elas não são necessárias para conhecer algo como direito, uma vez que há relatos de lugares que não possuem uma ou mais dessas estruturas, como o judiciário, ou advogados¹⁵. Em outros termos, uma vez que o direito possa existir sem qualquer dessas características, elas não podem ser consideradas necessárias, ao menos para a maioria dos filósofos, ao conceito de direito.

Para os filósofos tradicionais, uma vez que todos esses elementos não são propriedades essenciais para a natureza do direito, eles não são alvo do estudo da teoria do direito. No entanto, o estudo de cada um desses aspectos pode fornecer importantes informações sobre os métodos, os objetivos, defeitos e limitações do direito em geral, e não apenas de um sistema específico. Estudar, por exemplo, a

¹⁵ Ver Twining, 2009; e Tamanaha, 2001

ubiquidade da coerção jurídica pode ajudar a entender porque algumas pessoas não costumam seguir regras jurídicas apenas por fazerem parte do direito, quando essas regras divergem das preferências pessoais dessas pessoas e não há qualquer ameaça de sanção pelo descumprimento dessas normas (Schauer, 2010d).

Acrescente-se que essa análise das características típicas mas não universais, pode não só ajudar a entender a natureza do direito, como a resolver um dos problemas mais difíceis que a filosofia do direito tem trabalhado ao longo dos anos, que é o caso da identificação, separação, ou demarcação¹⁶, do direito de outras instituições sociais normativas, como a moralidade, por exemplo. Brian Leiter é pessimista quanto à solução desse problema, uma vez que tal solução exigiria uma definição das propriedades essenciais de cada instituição, e, como já foi dito, por ser o direito um conceito artefato, que está sendo diferenciado de outros conceitos artefatos, como moralidade, essa empreitada se torna quase impossível¹⁷.

Schauer, no entanto, explica que duas coisas que não podem ser demarcadas, podem ser diferenciadas. O exemplo que o autor dá é o de um pulso. Não há qualquer propriedade essencial ao pulso que o distinga do braço e da mão, porém, nós somos capazes de identificar a diferença entre eles na maioria dos casos. Não acontece de alguém reclamar de dores no pulso e outra pessoa olhar para seu cotovelo, ou para a palma de sua mão. Quem expressa o sentimento de dor espera que o ouvinte identifique aquela região entre o braço e a mão com facilidade. Não é um trabalho difícil na maioria dos casos, assim como não é o de identificar se um copo está cheio ou vazio, se é dia ou se é noite, ou se alguém é careca ou cabeludo (Schauer, s.d., p.10).

Mesmo, portanto, que seja impossível, ou ao menos muito difícil, demarcar o direito de outros campos normativos, como a moralidade, é possível diferenciá-los, ainda que reconhecendo a possibilidade de casos fronteiros. A

¹⁶Leiter, 2011.

¹⁷ “Se, na história da filosofia, não existe uma única análise bem sucedida das propriedades ‘necessárias’ ou ‘essenciais’ de um artefato humano, por que deveríamos pensar que com o direito seria diferente? Se centenas, talvez milhares, de filósofos no último século – tanto os inovadores como Carnap e Popper, como as legiões de outros menos conhecidos trabalhadores filosóficos – não puderam especificar as características essenciais e necessárias da *ciência*, talvez o mais importante e transformativo dos artefatos humanos que a história pode recordar, deveríamos mesmo manter esperança de que uma análise do *direito* irá fornecer critérios ‘necessários’ e ‘essenciais’, isso é, critérios que irão classificar todas as normas tanto no campo ‘jurídico’ como no ‘não-jurídico’? (Leiter, 2011, p. 670)

norma de etiqueta que diz que se deve manter os cotovelos fora da mesa durante as refeições claramente não é direito, assim como o caso do assaltante também não o é. As normas escritas no livro denominado Código Penal Brasileiro claramente são direito. Há casos, no entanto, mais abertos ao debate: se certo tipo de costume, se certa interpretação doutrinária de alguma lei ou conjunto de decisões judiciais, ou se algumas normas do direito internacional (embora recebam esse nome) são de fato direito.

A diferenciação se torna possível quando não se busca a essência ou as características necessárias e suficientes para conceituar algo, mas, ao invés disso, observa como as pessoas lidam com o conceito e quais características ele simplesmente tem. Parece não ser problema reconhecer que a diferenciação é possível, ainda que se entenda que a demarcação não o é. Alguns podem questionar, no entanto, se o trabalho de explorar e entender esses limites não é um ofício destinado aos sociólogos ou pessoas de áreas afins. Para esses, Schauer responde no seguinte sentido:

Mesmo sem entrar nos debates contemporâneos sobre filosofia experimental e naturalista, parece de fato estranho usar o valor de uma gama de habilidades filosóficas como uma maneira de determinar como compreender o mundo, em oposição ver o mundo como ele é e depois usar esses métodos filosóficos que são apropriados para lidar com apenas essas questões para as quais os métodos irão provavelmente fornecer respostas valiosas. Se existe algum aspecto do mundo cujo entendimento é mal adaptado para os métodos filosóficos, que assim seja, e parece errado tratar a existência de certos métodos filosóficos como a estrutura apropriada de investigação em oposição à maneira na qual o mundo se apresenta para nós (Schauer, s.d., p.11).

Embora a caracterização que parece ser a mais adequada é a de Hart como sendo um essencialista¹⁸, ou um essencialista modesto¹⁹, a leitura de sua obra nos deixa um pouco confusos sobre o projeto dele. Hart não é claro em nenhum momento sobre o que ele entende por “conceito”, ou sobre como fazemos para analisá-lo. Todavia, em alguns momentos, ele deixa entender que faria uma obra

¹⁸Green, 2012, p. xlvii-xlviii.

¹⁹ É como o caracterizam Leiter e Langlinais (2012, p.3) citando a seguinte passagem: “Há, portanto, duas condições mínimas necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico. Por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas e, por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração e de julgamentos devem ser efetivamente aceites como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários.” (Hart, [1961] 2005, p. 128)

anti-essencialista²⁰. Logo no Prefácio, o autor adverte que o livro pode “ser também encarado como um ensaio de sociologia descritiva” ([1961] 2005, p. 1) e defende a utilização de uma investigação do uso linguístico como o meio para trazer à luz “muitas distinções importantes, que não são imediatamente óbvias, entre tipos de situações ou relações sociais” ([1961] 2005, p.2).

O primeiro capítulo de Hart continua no mesmo sentido, fazendo jus ao que o autor descreve em seu prefácio. Tratando a questão da definição, e argumentando que a definição *per genus et differentiam* não servia para o direito, Hart alega que comumente o uso de um termo “é bastante ‘aberto’, na medida em que não *proíbe* a extensão do termo a casos em que apenas algumas das características normalmente concomitantes estão presentes”([1961] 2005, p. 20). Esse seria o motivo da dificuldade de se definir se formas de direito internacional e de direito primitivo são de fato ‘direito’, uma vez que a extensão do termo é disputada. Tirando esses casos de fronteira, os outros tantos de um termo geral podem estar ligados por formas diferentes, como “por analogia, (...) [ou] relações *diferentes* com um elemento central, [ou] os diferentes casos podem ser elementos constituintes diferentes de certa atividade complexa.” ([1961] 2005, p. 20).

Hart ainda finaliza seu primeiro capítulo, esclarecendo o objetivo de seu livro:

(...) não é fornecer uma definição do direito, no sentido de uma regra por referência à qual pode ser testada a correção do uso da palavra; é antes fazer avançar a teoria jurídica, facultando uma análise melhorada da estrutura distintiva de um sistema jurídico interno e fornecendo uma melhor compreensão das semelhanças e diferenças entre o direito, a coerção e a moral, enquanto tipos de fenômenos sociais ([1961] 2005, p. 21-22).

Esse flerte inicial com uma proposta anti-essencialista, que acaba desaguando em uma teoria essencialista²¹, pode ser levado adiante. Independente da questão sobre a conceituação do direito por Hart, o que interessa é saber qual tipo de conceito o conceito de direito é (Schauer, s.d., p. 14). Sendo um conceito artefato, como já foi dito, talvez seja interessante relacioná-lo a outros conceitos do mesmo tipo, e não a conceitos naturais.

²⁰ Os trechos retirados da obra de Hart são alguns dos apontados por Schauer (2013), que faz uma leitura crítica indicando relação das expressões utilizadas por Hart e os conceitos de semelhança de família de Wittgenstein e de conceito do tipo *cluster* de Searle.

²¹ O golpe derradeiro parece ser quando em seu pós-escrito ele descreve o direito como: “Esta instituição, a despeito de muitas variações em diferentes culturas e em diferentes tempos, tomou a mesma forma e estrutura gerais, embora se tenham acumulado à volta dela numerosos mal-entendidos e mitos obscurecedores que apelam à clarificação.” (Hart, [1961] 2005, p. 301)

O conceito de direito pode funcionar como o conceito de linguagem descrito por Wittgenstein em “Investigações Filosóficas”²². O autor entendia que não se podia estabelecer uma única propriedade que fosse aplicável a tudo aquilo que chamamos de linguagem. Para o autor, o conceito de linguagem funciona de forma semelhante ao conceito de jogo. Não dá pra encontrar uma essência única para tudo aquilo que é chamado de jogo. Wittgenstein elucida esse problema da seguinte forma:

Não diga: 'Algo deve ser comum a todos eles senão não se chamariam jogos', - mas veja se algo é comum a eles todos. - Pois, se você os contempla, não verá na verdade algo que fosse comum a todos, mas verá semelhanças, parentescos, e até toda uma série deles. Como disse: não pense, mas veja! - Considere, por exemplo, os jogos de tabuleiros, com seus múltiplos parentescos. Agora passe para os jogos de cartas: aqui você encontra muitas correspondências com aqueles da primeira classe, mas muitos traços comuns desaparecem e outros surgem. Se passarmos agora aos jogos de bola, muita coisa comum se conserva, mas muitas se perdem. - São todos 'recreativos'? Compare o xadrez com o jogo da amarelinha. Ou há em todos um ganhar e um perder; mas se uma criança atira a bola na parede e a apanha outra vez, este traço desapareceu. Veja que papéis desempenham a habilidade e a sorte. E como é diferente a habilidade no xadrez e no tênis. Pense agora nos brinquedos de roda: o elemento de divertimento está presente, mas quantos dos outros traços característicos desapareceram! E assim podemos percorrer muitos, muitos outros grupos de jogos e ver semelhanças surgirem e desaparecerem (Wittgenstein, 1996, p.52)²³.

Para Wittgenstein, o que relaciona os jogos e faz com que chamemos todos assim são semelhanças de família. Olhando para uma foto de membros de uma família reunidos, reconhece-se que se trata de uma família por similitudes que guardam entre eles. Alguns possuem o mesmo tipo de nariz, outros de cabelo, cor dos olhos, estatura. A linguagem funciona da mesma forma.

Ainda, duas características dos termos que apresentam uma semelhança de família são importantes: eles não são estáticos e, portanto, podem ser legitimamente alterados com o tempo; e não possuem uma precisão absoluta. O emprego do termo jogo, por exemplo, não possui regras que o regulamentem (Wittgenstein, 1996, p. 53), por isso não tem limites definidos.

Talvez existam de fato certos conceitos que possam ser definidos por meio de propriedades necessárias e suficientes, e a noção de semelhança de família não

²² “De acordo com o segundo Wittgenstein, a linguagem não é sempre uma representação dos fatos do real, mas sim uma atividade, capaz de exercer uma plethora de funções divergentes. Consequentemente, os termos que compõem as proposições deixam de ser substituições dos objetos do real no âmbito da linguagem e passam a ser considerados como ferramentas, que podem ser usadas de maneiras diferentes, dependendo da função que devem realizar.” (Struchiner, 2005, p. 102-103)

²³ A passagem também é citada em Struchiner, 2005, p. 103.

parece ser incompatível com essa afirmação (Schauer, s.d., p. 15). No entanto, ainda que se possa definir a essência de uma forma geométrica ou de um elemento químico, tais entendimentos parecem ser inapropriados para o conceito de direito, da mesma maneira que o são para o conceito de linguagem, ou para o conceito de jogo. Segundo Schauer, a “diversidade radical da experiência jurídica fornece evidência para uma não-existência de uma definição satisfatória de direito, ou mesmo um entendimento da natureza do direito, em termos de essências, ou condições necessárias e suficientes” (s.d., p. 16). Basta focarmos em casos como o do direito internacional, cuja executabilidade de suas normas é muito difícil e rara; no caso do tráfico de drogas nas favelas do Rio de Janeiro, que chega a ser chamado de “Poder paralelo”, tendo em vista a presença de normas primárias e secundárias, embora seja marginal em relação às leis do direito brasileiro; na falta de internalização, em ampla medida, da regra de reconhecimento última do direito de países com guerras tribais, como Ruanda, Mali e Sudão, ou de ditaduras, como em Cuba, ou na Coreia do Norte; por fim, na falta de regras primárias em casos de resolução de conflitos, como a mediação ou a arbitragem (Schauer, s.d., p. 16).

Schauer chega a duas conclusões possíveis: ou o direito não tem essência; ou a “essência de uma instituição social tão diversa pode ser apenas descrita em um nível tal de abstração, que nos diz pouco sobre as instituições cuja natureza ela alega capturar” (s.d., p. 17). A tarefa tradicional da teoria analítica do direito, portanto, ou está errada em si mesma e nunca encontrará o que não pode ser encontrado, ou produzirá conclusões que não condizem com a realidade que experimentamos.

Se é o caso, portanto, que os teóricos e filósofos do direito desejam entender como os sistemas jurídicos realmente funcionam, ou produzir algum material que efetivamente auxilie qualquer outra área do conhecimento, é importante que se considere a diversidade de características que, embora não sejam essenciais, estão presentes em variados sistemas. Um *approach* mais modesto, no sentido da natureza das conclusões a serem produzidas, parece ser necessário.

2.2.2 Um *background* naturalista e experimental

A empreitada dos teóricos pode ser mais modesta também em relação à metodologia de trabalho. Leiter e Langlins, usando Frank Jackson, dizem que a abordagem hartiana faz o uso de uma análise conceitual “imodesta”, uma vez que “ela foca em fornecer conhecimento sobre a natureza atual de seu objeto de estudo consultando intuições sobre como o conceito se estende a casos possíveis” (2012, p. 8). O problema é exatamente o uso das intuições.

Hart acreditava, por exemplo, estar descrevendo como um homem instruído entende o direito ao dizer que:

Poder-se-á esperar que qualquer homem instruído seja capaz de identificar estes aspectos salientes de uma forma esquemática, como a seguir se indica. Eles compreendem: (i) regras que proíbem ou impõem certos tipos de comportamento, sob cominação de pena; (ii) regras que exigem que as pessoas compensem aqueles que por si são ofendidos de certas maneiras; (iii) regras que especificam o que deve ser feito para outorgar testamentos, celebrar contratos ou outros instrumentos que confirmam direitos e criem obrigações; (iv) tribunais que determinem quais são as normas e quando foram violadas e que estabeleçam castigo ou compensação a ser pagos; (v) um poder legislativo para fazer novas regras e abolir as antigas ([1961] 2005, p.7).

A modéstia em questão está justamente na confiança que se tem depositado nas intuições que servem de base para as afirmações filosóficas. Os filósofos naturalistas entendem que essas intuições, geralmente consideradas “populares” (*folk*), podem não ser tão informativas, uma vez que o “homem comum”, que partilha de tais intuições, está sujeito à ignorância e a outras “enfermidades epistêmicas” (Leiter e Langlins, 2012, p. 11). Além disso, ainda que por vezes alguns filósofos pareçam mesmo ter realmente capturado uma intuição popular, há a possibilidade de ela não ser compartilhada por todos os tipos de pessoa.

Talvez o melhor exemplo seja o do experimento realizado por Machery, Mallon, Nichols e Stich (2004), em que foi apresentada para alunos de faculdades nos Estados Unidos e em Hong Kong uma mesma história. O relato era da famosa história de Gödel, contada por Kripke, e que foi usada por filósofos posteriores como argumento para adotar certo tipo de explicação histórico-causal para entender a “referência”. A história é a seguinte:

Suponha que John tenha aprendido na faculdade que Gödel é o homem que provou um importante teorema matemático, chamado de incompletude da aritmética. John é bom em matemática e pode dar uma confirmação acurada do

teorema da incompletude, cuja descoberta ele atribui a Gödel. Mas essa é a única coisa que ele ouviu sobre Gödel. Agora suponha que Gödel não seja o autor desse teorema. Um homem chamado “Schmidt”, cujo corpo foi encontrado em Viena sob circunstâncias misteriosas muitos anos atrás, efetivamente fez o trabalho em questão. Seu amigo Gödel de alguma forma teve o manuscrito em mãos e reivindicou os créditos pelo trabalho, que depois foi atribuído a Gödel. Então ele foi conhecido como o homem que provou a incompletude da aritmética. A maioria das pessoas que ouviram o nome “Gödel” são como John, e a afirmação que Gödel descobriu o teorema da incompletude é a única coisa que elas ouviram sobre Gödel (Alexander, 2012, p. 73).

O resultado foi que os alunos da universidade americana compartilhavam a intuição de Kripke, e acreditavam que quando John usava o nome “Gödel” ele se referia a Gödel. No entanto, os alunos da universidade de Hong Kong tiveram a postura compatível com uma teoria descritivista, que Kripke queria provar estar errada, entendendo que John referia-se em verdade a Schmidt quando usava o nome “Gödel” (Knobe, 2009, p. 1-2).

Para além das diferenças culturais, Joshua Alexander (2012, p.72-77) relata alguns estudos recentes também têm demonstrado que diferenças de gênero, mesmo dentro de uma mesma sociedade, podem exercer influência nas intuições expressadas pelas pessoas. Além disso, as pessoas estão sujeitas a efeitos que nem fazem ideia estar, como o da forma como as histórias contadas são apresentadas (fazendo as respostas variarem conforme a presença ou ausência de conteúdo afetivo) ou a ordem com que vários casos são apresentados (Alexander, 2012, p. 78-81). Deve-se mencionar que a diversidade de intuições parece não ser exclusividade de alguma área específica da filosofia, mas ser algo compartilhado por várias das disciplinas filosóficas (Knobe, 2009).

Não há motivos para acreditar que, com o direito, a captura dessas intuições seja mais precisa. Em verdade, os debates sobre o conceito de direito que perduram há vários anos são fruto de diferentes intuições sobre o fenômeno jurídico (Priel, 2010, p. 8). Os variados pontos de vista e ofícios daqueles que trabalham com o direito também influenciam na descrição das características do direito para eles (Sinnott-Armstrong, 2000). Ainda, as formas variadas que o direito pode assumir – algo que já foi sublinhado aqui – provavelmente não só modelam a intuição daqueles que vivem sob elas, como também são a própria representação das diferentes formas de enxergar o mundo.

O que os naturalistas defendem é justamente a substituição do uso dessas intuições por “métodos epistemicamente mais robustos” (Leiter e Langlais,

2012, p. 11)²⁴. A filosofia, para os naturalistas, deve proceder “em tandem com as ciências” (Leiter, 2009, p. 2) e “o que vale deixar registrado aqui é que quase toda área da filosofia – meta-ética, filosofia da linguagem, epistemologia, etc. – tem sofrido uma virada naturalística no último quarto de século.” (Leiter, 1997, p. 288). Se, em outras áreas, intuições de filósofos já deram espaço a conclusões científicas, porque no direito deve-se manter esse tipo de postura²⁵? Por que não se utilizar de conclusões científicas de outras áreas? Leia-se Priel sobre o assunto:

A teoria do direito tem sido obcecada com o objetivo ilusório de descrever o direito por um bom tempo já. (...) [A] filosofia só poderia, na melhor das hipóteses, exercer um papel secundário na investigação para a qual os métodos das ciências sociais (incluindo a psicologia) são claramente superiores àqueles da filosofia analítica. Na medida que os filósofos do direito estiverem interessados em manter um projeto filosófico (amplamente concebido) seu foco deve ser diferente. Uma maneira de fazer isso é se apoiando na psicologia para o fim de melhor informar suas visões sobre o que o direito efetivamente pode e não pode fazer, que pode ser relevante para a questão sobre o que ele deve e o que não deve fazer (Priel, 2010, p. 18).

Dizer que se está adotando uma perspectiva naturalista não implica em aderir a uma tese essencialista. Não está sendo afirmado aqui que a natureza humana pode ser completamente entendida pelo estudo de suas propriedades inatas. Como demonstrado nos exemplos indicados, a cultura pode influenciar sobremaneira a maneira como se enxerga e raciocina o mundo. O que se propõe é somente a adoção da metodologia naturalista, ou seja, de uma pesquisa preocupada com o resultado obtido em outras áreas e com a verificação empírica de suas proposições.

Por outro lado, além de fazer o uso do material produzido por pesquisadores de outras áreas afins, como Leiter e Priel sugerem, pode-se dar um passo ainda mais a frente no naturalismo. Os filósofos do direito podem ganhar um acréscimo substancial aos seus meios de investigação aderindo à postura de uma crescente onda na filosofia. Esse movimento é o da filosofia experimental, cujos participantes “usam os métodos da psicologia experimental para provar a maneira como as pessoas fazem julgamentos que aparecem nos debates filosóficos” (Nadelhoffer e Nahmias, 2007, p. 1). A ideia é a de que os filósofos

²⁴“Se nosso melhor físico diz que o espaço pode ser não-Euclideano, então condene-se a intuição *a priori* de Kant sobre a estrutura do espaço!” (Leiter e Langlais, 2012, p.11).

²⁵ “A filosofia jurídico anglo-americano continuou intocada por esses progressos intelectuais” (Leiter, 1997, p. 288).

levantem-se de suas poltronas²⁶, saiam de seus gabinetes e perguntem às pessoas comuns sobre as intuições delas. O experimento de Machery, Mallon, et.al., é um exemplo desse tipo de empresa, que “relativiza” certas afirmações filosóficas e fortalece certos argumentos com material empírico.

Questões sobre como as pessoas enxergam e lidam com certas normas, obediência e autoridade, sentimentos de justiça e injustiça, bem como a maneira que diferentes fatores podem afetar julgamentos sobre essas, e tantas outras, questões no direito, podem ganhar um apoio um pouco mais sólido com essa postura naturalista e experimental²⁷. Como já foi exposto, o fenômeno das sanções é amplo e utilizado por todos (ou quase todos) os sistemas jurídicos de que se têm notícia²⁸, e o resgate de seu estudo, a que se pretende esse texto, é condizente com a metodologia que se está advogando.²⁹

²⁶ Um símbolo comumente usado de forma cômica por adeptos da filosofia experimental é o de uma poltrona em chamas.

²⁷ Em verdade, está se advogando uma proposta de retorno de uma agenda realista à teoria do direito. Os realistas foram os primeiros a instigarem o uso de material naturalista para entender como as pessoas lidam com o direito. Embora talvez estivessem errados em algumas outras afirmações, sua preocupação empírica era louvável e deve ser resgatada. Leia-se, por exemplo, a sugestão de filosofia por Robinson já em 1935: “Uma filosofia do direito naturalista terá de incorporar dentro de si o melhor das informações e interpretações correntes sobre psicologia e psiquiatria e terá de ir além disso para uma formulação de problemas supondo de resultados dentro de domínios que a mente convencional não iria admitir serem jurídicos.” (Robinson, 1935, p. 76)

²⁸ Se o argumento intuitivo de Schauer já exposto não convence, basta olhar para a coleção de livros “Crime and Punishment around the World” editada por Graeme R. Newman. São quatro volumes explicando como funciona e quais são os dados numéricos do sistema punitivo de país por país de cada um dos continentes. Óbvio que algum pode ter escapado, ou não possuir qualquer sistema organizado, mas a abrangência é tão grande que qualquer argumento em sentido contrário, da importância do uso da coerção, indicaria uma posição que pode representar uma realidade vivida por uma população muito pequena.

²⁹ Embora se esteja aqui advogando o uso da filosofia experimental, deve-se afirmar que esse trabalho em si não possui nenhum material produzido com pesquisa desse tipo pelo autor. Acontece que a montagem experimental não é nem um pouco trivial e a produção de resultados sérios exige estudo cuidadoso sobre seus métodos, algo que não foi possível no período deste mestrado.