

### **3**

## **Regras e sanções**

No capítulo anterior tratamos sobre como as sanções foram deixadas de lado por uma teoria do direito essencialista. Além disso, apontamos falhas nas posições em favor desse afastamento e indicamos críticas e argumentos de Schauer em favor de um resgate do estudo do tema. Por fim, advogou-se em favor de uma nova forma de se enxergar o conceito de direito, que permitisse a reinclusão das sanções nas rodas de discussão, e de uma metodologia que abordasse de forma interdisciplinar o tema.

Neste capítulo o que pretendemos é fornecer um argumento de outro tipo em favor do estudo das sanções. Sanções geralmente são mecanismos acoplados a regras. Aposta-se, em geral, em seu uso como forma de aumentar a cooperação social, garantindo maior adesão ao enunciado das normas. Esse efeito, no entanto, nem sempre ocorre. Há casos em que as sanções fazem um trabalho oposto ao que se espera. Embora isso aconteça, alguns experimentos têm demonstrado a racionalidade desse instrumento. Se é o caso que acreditamos que o uso de regras tem um valor positivo, que elas fazem um bom trabalho, o estudo sobre como sanções podem auxiliar as regras se torna importante.

### **3.1**

#### **O valor positivo das regras**

Estamos acostumados a conviver com regras dos mais variados tipos. Desde aquelas que governam o espaço familiar até as que determinam a eleição de um governante. Não só advogados ou juízes se ocupam com a discussão sobre a aplicação ou interpretação de determinada regra. Ainda que o direito seja o campo mais óbvio quando pensamos em regras, elas estão presentes em diversos outros

setores de nossa vida. É frequente nos encontramos debatendo acaloradamente sobre impedimentos não marcados em jogos de futebol, por exemplo.

Mais do que isso, não somos meros espectadores das regras, pois nosso agir prático, em ampla medida, é influenciado por elas. Modelamos nossa conduta de acordo com o que elas dizem e acreditamos que as outras pessoas agirão da mesma maneira. Esperamos que os motoristas parem quando os semáforos estão com luzes vermelhas acesas, da mesma maneira que esperamos que ninguém use as mãos, sem ser o goleiro, quando jogamos futebol. As regras, portanto, fazem com que sistemas funcionem, não só o de trânsito, ou de uma partida de futebol, mas também, em larga escala, o da economia, o de etiqueta, entre outros. Elas permitem certa segurança na previsão das expectativas recíprocas nos relacionamentos e, assim, asseguram maior chance de cooperação entre as partes.

O problema é que, como todo artefato humano, as regras não estão livres de defeitos. Em outras palavras, regras não são perfeitas. Mesmo assim, apesar de não desconhecermos a sua relativa ineficiência, tiramos proveito de seu uso. Não é comum vermos alguém defender o fim absoluto das regras, mesmo porque, para fazê-lo deverá seguir, ao menos, as regras de linguagem. Portanto, ainda que, por vezes, elas gerem resultados insatisfatórios ou subótimos, parece ser racional organizar a nossa vida com base nelas.

O uso da linguagem como o meio de concretização da regra é justamente uma das principais razões para o seu possível insucesso, uma vez que elas são instanciações generalizadas de considerações normativas mais profundas (Schauer, 1998). Regras simplificam considerações valorativas. E elas o fazem por meio de generalizações. Nessa linha, Struchiner diz que:

O processo de criação de uma regra sempre envolve algum tipo de generalização. É comum uma regra ser criada a partir da observação de um caso particular que é tomado como um caso paradigmático de uma meta que se quer alcançar, ou um mal que se pretende erradicar. Schauer chama os objetivos da regra, sejam eles positivos ou negativos, de “justificação” da regra. O segundo passo na criação da regra consiste em realizar uma generalização do caso particular, por meio de uma abstração das propriedades do caso paradigmático consideradas relevantes para a efetividade dos objetivos da regra. Em outras palavras, é a justificação da regra que determina quais são as propriedades do caso particular que devem ser levadas em conta no momento da construção do predicado fático, indicando a sua direção e o seu grau de generalidade. A justificação determina qual, entre várias generalizações de um evento particular, será selecionada como predicado fático da regra que está sendo construída. (Struchiner, 2010, p. 107)

A escolha da generalização feita com base na justificação da regra é probabilística. Ou seja, a justificação aponta quais as características que se quer evitar e, a partir de uma observação empírica generaliza-se no sentido do grupo que mais provavelmente as possua, ou que tenda a possuir na maior parte do tempo. Essa escolha implica em deixar de lado grupos que podem apresentar a mesma característica e incluir indivíduos de um grupo que, no entanto, não apresentam a característica a ser evitada<sup>30</sup>.

É devido a essas possíveis situações que se diz que as regras são sempre atualmente ou potencialmente sobre ou subinclusivas. Fala-se em sobre-inclusão para designar o problema no qual a regra compreende um estado de fatos que, em situações particulares, não produziriam a consequência descrita por sua justificação, ainda que façam parte da escolha probabilística da generalização. Melhor explicando, trata-se de ocasião em que a regra inclui mais casos do que a sua justificação exigiria, ou seja, inclui mais particulares dentro de um escopo de permissão ou proibição do que o necessário para a satisfação da justificação. A sub-inclusão ocorre no sentido inverso, ou seja, ela ocorre quando o predicado fático de uma regra não abarca situações que produziriam a consequência prevista pela justificação. A regra não inclui casos que seriam pertinentes à justificação<sup>31</sup>.

Com o objetivo de tornar mais concreto aquilo que já dissemos, vejamos o caso das placas de trânsito, mais especificamente as que nos indicam um limite de velocidade. Elas são lembretes das regras que fixaram o limiar máximo que se pode atingir em determinadas vias. Essas regras têm como justificação a proteção da vida. O legislador escolheu limitar a velocidade mediante ao estabelecimento de uma proporção que ele considera ideal e segura entre espaço e tempo: 80km/hora. Poderia ter instituído, de outra forma, algo como “dirijam de tal forma que as suas vidas e as de terceiros sejam protegidas”, ou “dirijam prudentemente<sup>32</sup>”.

---

<sup>30</sup> Leia-se Schauer sobre o assunto: “Por serem as generalizações necessariamente seletivas, generalizações probabilísticas irão incluir algumas propriedades que em casos particulares serão irrelevantes, e todas as generalizações, probabilísticas ou não, irão excluir algumas propriedades que em casos particulares serão relevantes. O predicado fático irá, portanto, por vezes, acionar características do caso que não servem à justificação da regra, e em outros falhará no reconhecimento de características do caso cujo reconhecimento iria servir à justificação da regra” (Schauer, 1998, p. 33).

<sup>31</sup> Sobre a noção de regras como generalizações sobre ou subinclusivas ver Schauer (1998).

<sup>32</sup> Em seu livro, *Thinking Like a Lawyer (2010: 16)*, Schauer diz que durante um tempo, no estado de Montana todos os limites de velocidade foram abandonados em troca de uma única diretriz

A determinação de 80km/hora, embora possa ter sido fruto da melhor pesquisa do campo da física sobre velocidade média de segurança, não se demonstrará adequada a todos os casos. Imaginemos uma situação em que um motorista habilidoso, dirigindo um excelente carro, em condições meteorológicas perfeitas, encontre-se sozinho numa via em ótimo estado, sem qualquer carro a frente ou atrás. Pode-se dizer que, caso estivesse acima dos 80km/hora não estaria ameaçando a vida dele ou de outrem; no entanto, a regra continua valendo. Ela é sobreinclusiva, portanto, por incluir ocasiões desse tipo, em que não há qualquer vida em risco. Também é subinclusiva, pois deixa de incluir em seu escopo casos que colocam vidas em risco, ainda que, dentro do limite dos 80km/h. Um mau motorista, alguém que não faça a manutenção dos pneus do carro regularmente, ou mesmo bons motoristas durante uma forte chuva, podem estar colocando em risco sua própria vida e as de outras pessoas, no entanto, nada disso está incluso na regra. Alguém que mantenha qualquer dessas posturas não deverá receber nenhuma sanção por seu ato<sup>33</sup>.

Como visto, regras são reduções, simplificações de razões substanciais que estão por trás, que servem de justificção para a existênciadessas regras. Como toda simplificação, as regras possuem seus problemas, como os de sub e sobreinclusão, e impedem que, em alguns casos, atinja-se o que seus propósitos subjacentes indicariam como sendo o melhor resultado. As regras são grosseiras,

---

segundo a qual o ato de dirigir deveria ser “razoável e prudente”. É claro que isso não funcionou bem e os limites de velocidade foram reintroduzidos.

<sup>33</sup> Note-se que esses dois problemas são oriundos da determinação das regras. Outro problema diferente é justamente quando um termo presente na regra é indeterminado, ou seja, quando há a presença de conceitos vagos no texto da regra. Nesse caso, não se sabe se o caso em questão tem as propriedades necessárias para ser enquadrado dentro do escopo da regra, ou não. Leia-se: “Alguns conceitos, cuja correta aplicação depende da verificação de uma única propriedade, podem apresentar casos fronteiros ou nebulosos quando não se sabe qual é o grau de presença da propriedade que se faz necessário para a aplicação do conceito. Por outro lado, alguns conceitos ou predicados são multidimensionais, o que quer dizer que o seu significado depende de uma série de propriedades constitutivas diferentes e da maneira como essas propriedades devem estar combinadas. Tais conceitos podem apresentar, além da vagueza de grau, uma vagueza combinatória. A vagueza combinatória se refere à imprecisão a respeito de quais são as propriedades constitutivas de um conceito e à maneira pela qual essas propriedades devem estar combinadas para que o uso do termo geral possa ser empregado de forma legítima. Hart utiliza como exemplo de vagueza de grau o predicado “careca” e como exemplo de vagueza combinatória o “jogo de xadrez” (...) De acordo com ele, existe uma zona de penumbra na qual não é possível dizer ao certo se uma pessoa é ou não um careca. Afinal, quantos fios de cabelo alguém tem que perder para ser um careca? Hart questiona se um jogo de xadrez pode ser chamado de “xadrez” mesmo quando jogado sem a peça da rainha. Trata-se de uma vagueza combinatória: o caso paradigmático do jogo de xadrez é um complexo formado por elementos distintos e não sabemos exatamente qual desses elementos ou combinação de elementos é necessária para que o termo “xadrez” possa ser empregado” (Struchiner, 2011, p. 138).

nesse sentido, exatamente por serem “imitações mal acabadas das considerações de substâncias, gerando resultados subótimos em certas ocasiões” (Struchiner e Shecaira, 2012, p. 13).

No entanto, há outro sentido em que se diz que as regras são grosseiras. Apesar de instrumentos imperfeitos, as regras clamam por autoridade. Para que um enunciado tenha força de regra, suas generalizações devem exercer uma pressão. O enunciado deve ser capaz de guiar a conduta das pessoas sem que seja ultrapassado a todo momento com a finalidade de se buscar os seus propósitos subjacentes. As regras devem oferecer alguma resistência a essa tentação de se buscar a melhor decisão para cada caso. Elas pretendem funcionar como razões que excluam ou, ao menos, substituam ou limitem o uso de razões que seriam levadas em conta no cálculo decisório caso as regras não existissem. Elas são grosseiras, portanto, não só por serem simplificações, mas por truncarem artificialmente o raciocínio prático (Struchiner e Shecaira, 2012, p. 12).

Como já foi dito, regras são imperfeitas. Os resultados por vezes produzidos por suas aplicações não refletem de forma límpida suas justificações subjacentes, no entanto, organizamos nossas vidas com regras e, talvez, seja melhor dessa maneira. Tal afirmação se sustenta na medida em que entendemos que um sistema de regras pode gerar mais segurança, certeza e previsibilidade do que a convivência sem elas.

Regras permitem que as pessoas saibam no presente o que vai acontecer no futuro em relação a algumas condutas. Os cidadãos conseguem ter certeza sobre o que deve ou não ser feito, exatamente em função dessa simplificação trazida pelo uso de regras. Ainda que se considere que as pessoas são boas, buscam sempre fazer o mais correto e justo – de um ponto de vista moral compartilhado por todos os membros de uma sociedade – e que, portanto, elas concordam abstratamente sobre o que é certo e o que é errado, elas precisam de respostas para os casos concretos. Mesmo que as pessoas entendam que a vida deve ser preservada, podem não concordar sobre se o aborto ou a eutanásia devam ou não ser permitidos. Podem até discordar em casos de apelo moral menor, acreditando, por exemplo, que se deva dirigir a uma velocidade razoável, mas variando a interpretação do que é uma “velocidade razoável” para cada pessoa. As regras fazem esse trabalho “sujo” de terminar ou evitar possíveis conflitos morais.

Além de permitirem mais segurança, certeza e previsibilidade, regras possibilitam a coordenação entre agentes do mundo prático. É exatamente pela possibilidade de previsão do futuro que as pessoas podem se organizar e fazer coisas que não poderiam antes. As regras permitem que se possa saber de antemão as condutas que são esperadas das pessoas. O exemplo do trânsito já foi usado, mas talvez seja o melhor. Seria um caos se ninguém conseguisse prever o que os motoristas, ou os pedestres, farão.

Regras também produzem eficiência tanto em termos de custos monetários, quanto em termos de custos de tempo. Afinal, é muito menos custoso, em termos de tempo e dinheiro, ter um radar que decide quem será multado com base na velocidade, do que contratar especialistas na arte da direção prudente para avaliarem caso a caso como as pessoas estão dirigindo. Afastando razões que seriam levadas em conta caso as regras não existissem, as regras diminuem o tempo empregado na decisão prática. Ou seja, um sistema que se utiliza de regras permite que os responsáveis pelas decisões finais resolvam mais casos, dando mais respostas a mais pessoas de forma mais célere.

Esse argumento, no entanto, não pode ser tomado de forma categórica. O ganho em tempo depende ainda de outras variáveis, como o assunto sobre o qual a regra trata ou o grau de meticulosidade que a aplicação dela exige. Uma regra pode dificultar o raciocínio prático ao exigir que se leve em conta diferentes cálculos, como por exemplo, em casos de algumas regras tributárias. Esses exemplos, no entanto, são uma fatia menor do universo de casos envolvendo regras. Parece representar a realidade de cenários em que regras tem um rigor técnico muito alto. Embora possa se pensar num mundo possível em que regras exijam raciocínios complicados para cada caso que prescrevem, esse não é o nosso mundo. Nossas simplificações parecem ser menos rigorosas e, embora isso possibilite alguns problemas (como os de sub e sobre-inclusão), as regras, do jeito que as projetamos ordinariamente, costumam trazer um ganho em celeridade para as tomadas de decisão.

A melhor forma, entretanto, pela qual a eficiência pode ser traduzida é por meio da observação do fato de que as regras facilitam escolhas que alguns de nós provavelmente dramatizariam e acabariam se tornando difíceis. Sabe-se que algumas pessoas são “maximizadoras” e não se satisfazem com decisões “suficientemente boas”. Para essas, a tomada de decisão é uma empreitada que

envolve grande dispêndio de tempo, além de possuir um alto custo psicológico. Esse elevado preço se revela em função da necessidade que os “maximizadores” têm de analisar um grande leque de opções para poderem chegar a uma possível melhor decisão. Entretanto, alguns estudos mostram que essas mesmas pessoas são as que mais estão sujeitas a sentimentos de arrependimento e frustração posteriores à escolha. Ou seja, os custos para elas vão além da tomada de decisão e perduram por algum tempo (Schwartz, 2007). Portanto, além de gastarem mais tempo na escolha, os “maximizadores” costumam arcar com o custo psicológico de avaliar e de se arrepender da própria escolha posteriormente

Dessa forma, as regras facilitam muito a vida dessas pessoas ao tomarem decisões prévias para alguns dos assuntos que seriam, ao menos, potencialmente custosos. Ou seja, a existência de uma regra faz com que “maximizadores” não aacionem seu processo demorado e possivelmente penoso de escolha. Eles ficam livres para se ocupar com decisões pessoais mais importantes.

Finalmente, a existência de regras razoáveis, mesmo sendo imperfeitas, pode evitar os chamados custos morais de decisões morais errôneas. Sabemos que regras produzem erros de sobre e subinclusão, mas se acreditamos que menos erros ou erros menos significativos serão produzidos por meio da aplicação de regras do que pela aplicação direta de suas justificações subjacentes, então temos boas razões para adotá-las e para desejar que sejam levadas a sério (Alexander e Sherwin, 2001).

Há ainda outro tipo de erro, um erro indireto e nesse caso, o julgador sem amarras normativas está muito mais propício a produzir. Os desvios sistemáticos do significado do texto normativo, por parte de um responsável por tomada de decisões jurídicas, podem induzir outros agentes de mesma competência a cometerem erros. A essa possibilidade de ocorrência se dá o nome de efeitos sistêmicos. Esses efeitos podem ser divididos em efeitos sistêmicos de adaptação e efeitos sistêmicos miméticos.<sup>34</sup>

Por efeitos de adaptação pode-se dizer que são reações aos desvios sistemáticos das regras, que acabam por ocasionar atitudes indesejáveis quando medidas através das próprias razões que levaram o julgador a desviar da norma.

---

<sup>34</sup>Para uma discussão mais aprofundada sobre esses efeitos, ver Brand-Ballard, 2010.

Assim, os efeitos sistêmicos de adaptação são aqueles causados quando agentes não judiciais adaptam seus comportamentos de maneira subótima ao identificarem ou reconhecerem um padrão de desvios por parte de julgadores.

Um exemplo que pode ser citado é o do caso de um juiz negar um pedido de despejo de um dono de um apartamento, que desfruta de boa condição de vida, não necessitando, portanto, do dinheiro do aluguel para viver, em face de uma idosa inadimplente, possuidora de condições financeiras ruins. Assim, se os juízes comessem a negar pedidos de despejo e o desvio comesse a ser sistemático, e os locadores, e potenciais locadores, percebessem esse padrão, então esses poderiam começar a negar aluguel para idosas. As idosas, e viúvas em geral, teriam mais dificuldades de conseguir alugar apartamentos, assim como, possivelmente, o valor do aluguel, em geral, aumentaria de forma que os locadores pudessem suportar os efeitos econômicos de tais decisões judiciais desfavoráveis. Essa situação geraria efeitos indesejados, inclusive pelos juízes que desviam das regras e que provavelmente não contavam com essa mudança de atitude dos locadores.

Outro tipo de efeito é o chamado efeito sistêmico mimético. Trata-se de casos em que outros agentes imitam um julgador, atingindo um efeito não esperado/ desejado pelo responsável por decisões que está sendo copiado. O foco, aqui, portanto, é no ato mimético de um agente em relação à postura de um ou mais agentes de uma mesma instituição. Ou seja, podemos falar em ser uma imitação de um juiz a adesão ou desvio de outros juízes às regras ou precedentes. Note-se, que o problema em questão não é propriamente a *mimesis*, ou seja, o ato de se imitar outro julgador, mas o que ocorre quando a *mimesis* sai errada, ou produz um resultado que o julgador imitado não gostaria de ter produzido quando tomou a decisão imitada.<sup>35</sup>

Portanto, ainda que se tenha certeza de que o desvio da regra seja a melhor possibilidade para se atingir o melhor resultado no caso concreto, têm-se boas razões para aplicar a regra caso se acreditem que outros agentes, que não

---

<sup>35</sup> Sobre o assunto, ver o que diz Brand-Ballard: “*Mimesis* é socialmente benéfico quando decisões anteriores causalmente contribuem para um juiz posterior atingir um resultado ótimo. Por exemplo, uma decisão anterior de se aderir em um caso de resultado ótimo pode encorajar um juiz posterior a aderir em outro caso de resultado ótimo, um no qual ele teria desviado. Essa é uma história de sucesso para a *mimesis*. *Falha mimética* ocorre quando decisões ótimas por juízes anteriores fazem uma contribuição causal para a consequência na qual um juiz posterior atinge um resultado subótimo” (2004, p. 5).

possuam a mesma capacidade de discernimento ou nível de entendimento sobre um mesmo assunto, possam estar sendo influenciados por essa conduta.

O argumento dos erros diretos e indiretos está relacionado à aversão ao risco. O risco aqui é o do erro, tanto em relação à magnitude, quanto à frequência. Se é o caso que vai se provocar mais erros com regras, então, deve-se escolher um modelo mais particularista de tomadas de decisão, isto é, um modelo que permita o acesso a várias razões consideráveis relevantes no cômputo do cálculo decisório. Contudo, se há a crença de que a soma de erros diretos e indiretos pode provocar um dano maior, então, opta-se por um modelo de regras.

Parece ser uma característica das pessoas a de preferir o certo ao duvidoso. As pessoas têm aversões a perdas e a riscos de perdas. A teoria prospectiva de Kahneman e Tversky (1979) aponta que as pessoas preferem ganhos certos do que apenas possibilidades de ganhos maiores. Ou seja, as pessoas não são dispostas a arriscar ganhos certos por meras probabilidades de ganhos maiores se houver possibilidade de perda. Ainda, que quanto mais certo, quanto mais provável a ocorrência de um evento, maior peso ele tem nas decisões e que, portanto, eventos mais vagos, ou cuja probabilidade não se pode definir, acabam por reduzir o peso dado a eles nas decisões.

Considerando que Kahneman e Tversky estejam certos – que as pessoas tenham aversão à perda e ao risco – e que as regras trazem exatamente a certeza dos resultados e a possibilidade de cálculo de erros de forma mais clara do que em cenários onde o julgador está livre pra decidir, parece que um modelo que engessa o responsável pela tomada de decisão acaba sendo preferível<sup>36</sup>.

Se fôssemos deuses oniscientes (tanto em questão de fatos quanto em questões valorativas), é provável que as regras não nos fossem úteis ou relevantes. Mas mesmo anjos bem intencionados, desde que não oniscientes, podem fazer bom uso de regras. Dois anjos podem concordar sobre a necessidade de se fazer o bem, mas podem discordar entre eles sobre a melhor forma de realizá-lo em um caso concreto. Tal discordância pode gerar todos os problemas para os quais as regras aparecem para resolver ou mitigar: falta de certeza, falta de segurança, falta

---

<sup>36</sup> Não se está dizendo que o uso de regras é indicado para todos os cenários. É possível que determinadas situações sejam melhor resolvidas por meio de um debate que, embora custoso, atinja uma decisão melhor, todas-as-coisas-consideradas. As regras, no entanto, trazem todos os ganhos listados em grande parte dos casos para os quais elas são projetadas.

de previsibilidade, falta de coordenação e os erros originados pela confusão a respeito do significado da justificação subjacente. Se é o caso, portanto, que se deseja evitar esse tipo de situação, em que tais problemas são recorrentes, o uso de regras aparece como uma solução bastante oportuna.

### 3.2

#### **Alguns indícios da racionalidade do uso de sanções**

Como visto na seção anterior, existem alguns bons motivos que indicam a utilização de um sistema de regras. Alguém que os aceite e deseje extrair o máximo do uso de tal mecanismo deverá fazer com que essas regras sejam tratadas como regras sérias, ou seja, que não sejam deixadas de lado a cada caso. Uma forma de garantir maior efetividade dessas regras parece ser punir aqueles que não as cumprem. Estudos (Fehr e Gächter, 2002; Gülerk et al., 2006; de Quervain et al., 2004)<sup>37</sup>, usando diferentes jogos econômicos, têm demonstrado que cenários envolvendo punição garantem uma cooperação mais efetiva entre membros de um grupo do que quando não há possibilidade de punição. Esses jogos seguem a mesma lógica do famoso dilema do prisioneiro, em que o melhor resultado possível para um indivíduo envolve uma atitude egoísta em que ele não coopera e seu(s) par(es) age(m) em prol do grupo. A segunda melhor opção envolve todos cooperarem uns com os outros; uma terceira possibilidade, comparativamente pior que as anteriores, é aquela que não envolve cooperação por parte de ninguém; o pior cenário é aquele em que só o indivíduo coopera e os outros agem de forma egoísta.

O que se observa é que, em cenários em que não há punição, as pessoas tendem a agir de forma egoísta e buscam sempre o melhor resultado possível para si, o que acaba gerando um cenário de cooperação muito baixa entre membros do grupo. No entanto, nos cenários em que há punição, as pessoas tendem a se adequar à opção em que todos saem ganhando, e que representa a segunda melhor

---

<sup>37</sup> A maior parte dos estudos que se utiliza dessas dinâmicas foi feita com jovens de classe média-alta cursando cursos de graduação em faculdades de sociedades ocidentais, educadas, industrializadas, ricas e democráticas, e que não representam a maior parte da população do planeta (Henrich, Heine e Norenzayan, 2010: 29). É plausível, portanto, que esses comportamentos não sejam características universais (Darley, 2009: 11).

opção individual para cada um, mas a melhor para todos enquanto membros de um grupo.

Em um desses experimentos (Fehr e Gächter, 2002), 240 voluntários participaram do jogo dos “bens públicos”. Esse jogo consiste em saber o quanto cada indivíduo investe em projetos de grupo. Cada participante de um grupo formado por quatro pessoas, recebia 20 unidades monetárias (UM) e poderia aplicar o quanto quisesse no grupo, sob lucro de 0.4UM (para cada 1UM investido) para ele e de 1.6UM, computada a parte dele, para o grupo, ou seja, para cada unidade monetária investida, cada outro membro do grupo recebia 0.4UM sem precisar fazer nada.

Foram feitas 10 sessões do experimento. Em cada uma delas, 24 participantes jogaram dois jogos por seis períodos: em um dos jogos não havia possibilidade de punição e no outro havia. Nas primeiras cinco sessões do experimento, o jogo sem punição foi jogado antes do jogo com punição; e nas últimas cinco sessões, o jogo sem punição veio depois. A cada período de sessão, os 24 sujeitos eram randomicamente alocados em seis grupos de quatro pessoas. Ao final de cada período, os participantes eram informados sobre as suas próprias decisões, as decisões dos outros membros do grupo e o lucro monetário deles no período corrente. Houve ainda o cuidado de garantir que as pessoas não jogariam novamente um mesmo jogo, sendo sempre estranhos uns aos outros e, além disso, não seria revelado o resultado para ninguém, com a finalidade de ninguém ficar com fama em qualquer sentido (Fehr e Gächter, 2002: 139).

Quando havia a possibilidade de punir aqueles que não cooperavam, essa disponibilidade aparecia após o investimento de cada um ser revelado e o custo era de 1UM para quem pune e 3UMs para o punido, podendo-se punir gastando até 10UM. O que foi relatado pelos autores é que, ao final de dez sessões, 84,3% dos participantes puniram ao menos uma vez; 34,3% puniram mais do que cinco vezes durante seis períodos; e 9,3% puniram até mais do que dez vezes. Nas duas sessões, os resultados foram parecidos. Na primeira – em que havia condição de punição e depois passou a não haver –, o relato foi no sentido de que, quando havia punição, 38,9% dos participantes contribuíram com toda a sua verba inicial e 77,8% contribuíram com, ao menos, 15UMs; enquanto que, na condição sem punição, 58,9% não contribuíram com nada e 75,6% contribuíram com 5UMs ou menos. (Fehr e Gächter, 2002: 138).

Como dito, quando livres de punição, parece ser o caso que as pessoas acreditam que a melhor opção é aquela que, em tese, maximiza os ganhos pessoais delas. Elas tentam tirar proveito umas das outras para conseguir o maior lucro individual possível. Todavia, várias pessoas pensam assim e a escolha pela melhor opção racional gera um cenário que promove o resultado da terceira opção, ou seja, em que não há ganhos, ou em que os ganhos são poucos, já que praticamente não ocorre qualquer contribuição significativa por parte dos membros do grupo.

No experimento de Fehr e Gächter, descrito acima, ficou demonstrado como a introdução de punições modela o comportamento dos participantes. A ocorrência da punição aumenta a inclinação para a atitude cooperativa dos membros do grupo e, conseqüentemente, produz uma situação vantajosa para o grupo como um todo.

Outra forma, porém, de afetar o comportamento das pessoas é dando uma escolha para elas sobre em qual grupo participar antes e depois de permitir aos membros dos grupos uma análise comparativa dos resultados produzidos por eles. Em um experimento de dinâmica semelhante ao de Fehr e Gächter (Gürerk et al., 2006), foi dada a opção pela escolha entre participar do grupo com punição ou do grupo em que não há punição. A maioria das pessoas escolheu inicialmente o segundo grupo. A diferença entre os experimentos é que nesse não foi invertida a condição de punibilidade. Ao invés disso, foi dada a possibilidade de os participantes verem o resultado dos grupos durante o jogo e trocarem os grupos que haviam inicialmente escolhido. Ao perceberem que o grupo com a condição de punição estava produzindo um ganho muito maior que o grupo que não dispunha de punição, os membros deste começaram a migrar para aquele. Ou seja, as pessoas abriram mão racionalmente de um cenário em que não obtinham ganhos significativos, mas em que também não eram punidas, em favor de participarem de um grupo em que devem cooperar, sob pena de serem punidas, para que obtenham lucros consideráveis.

A escolha inicial pela melhor opção racional, nesses jogos, envolve uma consideração a respeito de ações de terceiros. Os outros devem cooperar para que um sujeito possa lucrar da maior forma possível, agindo como um aproveitador, um *free rider*. Ou seja, apostar nessa opção envolve a crença numa atitude coletiva. É por acreditar que todos agirão conforme um padrão que pode ser

antecipado, que o sujeito tenta agir de forma a obter ganhos, desviando desse padrão. Em outras palavras, o sujeito crê haver uma norma social que indica que todos devem fazer o possível para aumentar o ganho coletivo, abrindo mão de ganhos maiores individuais. Ele consegue enxergá-la, saber o seu conteúdo, mas não cumpre o que ela demanda enquanto não há uma pressão maior sobre ele.

Esses experimentos demonstram que, por vezes, a presença de uma norma social por si só não é capaz de funcionar como uma razão prática forte o suficiente para excluir ou substituir razões de outro tipo. Contudo, quando pessoas punem transgressores, essa possibilidade acaba fazendo com que as normas sejam cumpridas. Se as pessoas fazem cálculo de custo e benefício quando há valores monetários envolvidos, torna-se racionalmente desejável, portanto, para aquele que busca ver suas regras cumpridas, fazer uso de sanções (ao menos, financeiras).

Há evidência, ainda, que indica o fortalecimento de normas mesmo com sanções informais. Em Bogotá, o ex-prefeito Antanas Mockus conseguiu reduzir em mais de 50% o índice de fatalidades no trânsito com uma medida inusitada. O prefeito contratou inicialmente 20 mímicos para que ficassem em esquinas estratégicas da cidade e imitassem os pedestres que transgrediam normas de trânsito, como atravessar fora da faixa ou com o semáforo aberto para os carros. O medo de ser “zombado” foi maior do que o de receber uma multa<sup>38</sup>. Como já foi dito, o resultado foi um sucesso, logo o prefeito contratou mais 400 mímicos e hoje esse modelo já é copiado em Sucre e em alguns bairros de Caracas, ambas cidades venezuelanas<sup>39</sup>.

Em um experimento usando o jogo dos “bens públicos” e sanções informais (Maslet et. al., 2003) observou-se que o comportamento dos participantes se altera da mesma forma com a presença de sanções, como a manifestação de reprovação social, do que quando se utilizam multas. Os resultados cooperativos não se mantiveram ao longo do tempo, como no caso das punições pecuniárias, mas é interessante notar que, apesar disso, pode ser

---

<sup>38</sup> Ver <http://www.news.harvard.edu/gazette/2004/03.11/01-mockus.html> e <http://www.thejournal.ie/how-to-stop-jaywalking-hire-mimes-543388-Aug2012/>

<sup>39</sup> Ver [http://www.bbc.co.uk/mundo/america\\_latina/2010/08/100803\\_video\\_venezuela\\_mimos\\_trafico\\_n\\_p.shtml](http://www.bbc.co.uk/mundo/america_latina/2010/08/100803_video_venezuela_mimos_trafico_n_p.shtml) e <http://www.ciudadccs.org.ve/?p=85514>

desejável ter abordagens desse tipo, uma vez que não havendo custo monetário, o grupo não perdeu dinheiro com multas.

### 3.3

#### **Quando o tiro sai pela culatra – o efeito negativo que uma sanção pode ter**

Todos os relatos indicados acima levam à conclusão de que o uso de sanções é algo que naturalmente aumenta o poder normativo de regras. Embora pareça correto, o raciocínio esboçado não está livre de problemas. Há casos em que a presença de multa, por exemplo, faz um trabalho inverso ao esperado e diminui a cooperação de terceiros em relação a normas. Foi justamente isso que ocorreu no caso da creche de Israel, relatado por Gneezy e Rustichini (2000a)<sup>40</sup>.

O caso diz respeito a uma creche que tem uma regra que estabelece que os pais não devem se atrasar para buscar seus filhos. Todavia, o diretor dessa creche percebe que, por vezes, os responsáveis pelas crianças não respeitam o que foi estabelecido. Tentando diminuir o número de casos de atraso por parte de pais no momento de buscar seus filhos, o diretor estabelece uma multa pecuniária para quem no futuro viole essa norma. A conduta do diretor parece clara: ele pretende adicionar uma razão a mais para o cumprimento da regra. Ele quer que os pais levem a existência da multa em conta na hora de decidir o que fazer. Ele acredita que isso irá aumentar a adesão à norma, uma vez que agora há a presença de uma ameaça de caráter pecuniário. Ele tenta tornar a regra mais efetiva. Acontece que, ao contrário do que o diretor esperava, o número de casos de atraso sofre um aumento após a introdução da previsão de multa. Ou seja, mais pais acabam se atrasando, e pagando a multa, do que antes, quando não havia tal indicação expressa. Para tentar reverter a situação, o diretor retira a cobrança da multa. O estrago, no entanto, já estava feito. Nessa terceira etapa, o comportamento dos

---

<sup>40</sup> Em verdade esse caso foi um experimento montado para testar o efeito de um incentivo, no caso uma sanção, na ação das pessoas. Foram observados os comportamentos de 11 creches em Israel, sendo 7 participantes do experimento e 4 como grupo de controle. Foi observado um aumento significativo na curva gráfica das 7 creches participantes quando incluída a sanção, e a curva não voltou ao patamar do grupo de controle depois da remoção da multa. Ver Gneezy e Rustichini, 2000a.

pais se manteve o mesmo e o número de pais chegando atrasado não sofreu alteração.

O que se observou foi o fenômeno de enfraquecimento da regra, de perda massiva de adesão ao seu texto, que recebe o nome de efeito de “*crowding out*” (Sheppard e Cushman, 2009: 63) (ou, de “espanta multidão”), exatamente pela ocorrência dessa mudança de postura das pessoas em relação à regra após a introdução da sanção. Esse resultado contra-intuitivo indica que nem sempre as sanções funcionam da forma como gostaríamos ou como pensamos que elas normalmente o fazem.

A conclusão de Gneezy e Rustichini (2000a) para esse caso é que, antes de haver uma sanção expressa, a regra era um contrato social incompleto e as pessoas não sabiam o que esperar da violação dela. Elas não sabiam se deveriam esperar quaisquer sanções, nem de que tipo seriam. Teriam seus filhos expulsos da creche? Seriam convocados para uma reunião com a diretora? Encontrariam seus filhos sozinhos do lado de fora do portão? Essa obscuridade garantia certa adesão dos pais. A introdução da multa pecuniária, no entanto, trouxe um preço ao cumprimento da regra. A partir desse momento, as pessoas começaram a se utilizar de cálculos de custo e benefício típicos dos negócios financeiros e, portanto, decidir se seria custoso ou não, todas-as-coisas-consideradas, deixar de cumprir aquela norma. Os autores dizem o seguinte:

De acordo com essa interpretação (que podemos chamar de forma descompromissada de “psicologia cognitiva”), no primeiro período a ação dos professores é interpretada pelos pais como uma atividade generosa, e não de mercado. Eles podem pensar o seguinte: “O contrato com a creche cobre apenas o período até as 16h. Depois disso, uma professora é apenas uma boa pessoa que é generosa. Eu não devo, portanto, abusar de sua paciência.”

A introdução da multa muda essa percepção para a seguinte: “A professora está tomando conta da criança da mesma forma que ela o fez mais cedo. Na verdade, essa atividade tem um preço (que é chamado de ‘multa’). Eu vou, portanto, comprar esse serviço o quanto for necessário.” No terceiro período, o raciocínio esboçado acima não muda. Simplesmente o preço de um serviço abaixou. (Gneezy e Rustichini, 2000a, p. 23-24)

O efeito de *crowding out* não é exclusivo desse caso. Em verdade, a ocorrência dele é relatada em diversos casos de incentivos, incluindo aqueles envolvendo recompensas. Há estudos indicando, por exemplo, que recompensar publicamente atos de caridade faz com que menos pessoas ajam solidariamente do

que se o ato for recompensado sem alarde, ou do que sem ser recompensado em si<sup>41</sup>.

Para confirmar esse efeito com recompensas financeiras, Gneezy e Rustichini (2000b) fizeram um experimento envolvendo 80 estudantes de economia de uma universidade em Israel. Os voluntários foram submetidos a fazer uma versão teste da prova de admissão para a maioria dos mestrados em economia do país (GMAT). Os estudantes foram divididos em dois grupos de 40 pessoas. Para um grupo, embora o resultado não fosse válido para o ingresso em nenhum programa de mestrado, os voluntários foram encorajados a dar o melhor de si. Para o outro grupo foi ofertada uma recompensa concreta de 2,5 centavos para cada resposta correta. Ainda que a oferta fosse baixa, ela é melhor do que não receber nada e, portanto, os participantes desse grupo deveriam ter um rendimento geral melhor do que os integrantes do grupo para o qual não havia qualquer recompensa concreta.

Quatro dos 40 participantes que não receberam recompensa tiraram zero na prova. Tendo em vista que o exame era de múltipla escolha e que a chance de alguém errar todas é muito baixa, é provável que esses voluntários tenham apenas deixado de fazer o exame e, enquanto faziam algum desenho na prova, pensado “você não me paga nada, é nada que você recebe em troca”(Brafman e Brafman, 2008, p. 138). Todavia, o grupo que foi pago apresentou o número de oito participantes que tiraram zero na prova.

Além disso, para os resultados de acima de 50% de acerto no exame, os estudantes que não receberam dinheiro foram melhor do que os que foram recompensados, apresentando uma nota média de 39 contra 34,9 dos estudantes pagos. Em verdade, a média geral dos estudantes não-pagos foi de 28,4 pontos, maior do que a de 23,1 pontos dos estudantes pagos (Brafman e Brafman, 2008, p. 139). Esses resultados indicam que a recompensa financeira se apresentou como um “desestímulo” à performance. A inclusão desse estímulo não seguiu a intuição comum e produziu mais indignação (expressa nos oito zeros) e um resultado pior comparativamente do que um cenário sem a presença de recompensas.

Nessa linha, Frey e Oberholzer-Gee observaram o efeito de *crowding out* acontecer em um cenário ainda mais preocupante para a sociedade. Os

---

<sup>41</sup> Para um extenso relato de interessantes ocorrências em diversas áreas ver Gneezy, Meier e Rey-Biel (2011).

pesquisadores o observaram diminuir o sentimento de dever cívico e coletividade de cidadãos de duas comunidades. Esse trabalho foi instigado em 1993, quando o governo suíço identificou duas cidades como possíveis bons locais para a construção de depósitos de lixo nuclear. Querendo saber como os residentes dessas áreas reagiriam a essa situação, Frey e Oberholzer-Gee os questionaram para se eles supostamente aceitariam a hipótese de construção de tais prédios, para o depósito de lixo de baixa e média radioatividade em suas cidades.

A resposta dos cidadãos foi a esperada. Muitos deles ficaram assustados com a possibilidade de ter lixo radioativo próximo de suas casas. Contudo, uma porcentagem de 50,8 abraçou a causa e aceitou “ser prejudicado” em prol da nação. Seja lá qual tenha sido o motivo – obrigação social, sentimento de orgulho nacionalista, ou um simples sentido de que era a coisa certa a ser feita (Brafman e Brafman, 2008, p. 132) –, o número foi bastante expressivo, porém, era muito “apertado” para garantir que o governo conseguisse construir seu prédio sem grandes problemas com a população local.

Para tentar resolver isso, os pesquisadores colocaram uma compensação financeira. A perspectiva econômica padrão indica que um incentivo financeiro faria com que mais pessoas aceitassem a construção do depósito, apresentando um acréscimo à porcentagem em favor de tal medida. Com isso em mente, os pesquisadores apresentaram semelhante cenário hipotético a outro grupo de cidadãos de uma mesma comunidade, no qual o parlamento compensaria todos os moradores da cidade com a quantia de 5 mil francos por ano, e por pessoa, pagos pelo dinheiro dos impostos de todos os cidadãos da Suíça. A resposta das pessoas não foi a esperada e a porcentagem de aceitação dessa proposta que incluía compensação financeira individual foi de apenas 24,6 por cento. Mesmo quando os pesquisadores aumentavam os valores para até o dobro do inicial, a porcentagem se manteve a mesma, e apenas uma pessoa mudou de ideia e aceitou a proposta.

Diante de tal fato, os pesquisadores puderam anotar algumas conclusões merecedoras de atenção:

Primeiro, onde o espírito público prevalece, o uso de incentivos de preço para garantir suporte para a construção de algo socialmente desejável, mas não desejado localmente, vem a um preço mais alto do que o sugerido pela teoria econômica padrão porque esses incentivos tendem a espantar as pessoas dos deveres cívicos. Segundo, o uso de incentivos de preço deve ser reconsiderado em todas as áreas onde a motivação intrínseca pode ser demonstrada

empiricamente importante. Nós especulamos que isso pode ser o caso das relações de trabalho caracterizadas por contratos incompletos bem como em políticas ambientais. Terceiro, em áreas políticas onde a motivação intrínseca não existe ou em que a multidão já foi espantada, o relativo efeito de preço, e, portanto, o uso da compensação são estratégias promissoras para ganhar apoio local (Frey e Oberholzer-Gee, 1997, pp. 753-754).

As conclusões de Gneezy e Rustichini (2000a; 2000b) e Frey e Oberholzer-Gee (1997) são compatíveis com a de Heyman e Ariely (2004), que perceberam que indivíduos podem encarar as situações da vida de dois modos: ou como financeiras ou como sociais. Quando são dadas recompensas monetárias como incentivos para um ato, ajudar na mudança, por exemplo, normalmente diminui-se a percepção de que há uma interação social envolvida e, conseqüentemente, há uma queda no número de pessoas que ajudam.

Investigando a relação dos custos e retornos escondidos dos incentivos em situações que requerem confiança e confiabilidade, ou seja, que alguém confie em outra pessoa e que, portanto, essa pessoa seja (ou ao menos pareça ser) confiável, Gneezy e List (2004) aplicaram um experimento envolvendo uma variação de um jogo chamado “jogo da confiança”. No jogo original, como relatam Gneezy et. al. (2011, p. 200), um jogador escolhe uma quantia para doar para um segundo jogador. Esse montante é multiplicado por parte do responsável pelo experimento e é dado ao segundo jogador, que deve então responder o quanto ele quer dar de volta para o primeiro. É de se esperar, portanto, que jogadores egoístas não doariam nada uns aos outros, mas aqueles que confiam enviariam alguma quantia, esperando que lhes fosse enviado algo de volta. Na modificação de Fehr e List (2004), o primeiro jogador podia impor uma multa ao segundo, caso acreditasse que o retorno não tinha sido alto o suficiente. O resultado foi que a possibilidade de multa gerou o efeito de *crowding out* nas contribuições voluntárias<sup>42</sup>. Aparentemente, as pessoas “podem perceber incentivos tanto como hostis quanto como bondosos; quando percebidos negativamente, incentivos podem ter potencialmente efeitos prejudiciais no comportamento” (Gneezy et. al., 2011, p. 200).

---

<sup>42</sup> Esse experimento é interessante e controverso ao mesmo tempo por conseguir, como nenhum outro, usar gerentes (CEOs) de companhias de café da Costa Rica como participantes do experimento. Participaram também em outro experimento igual, relatado no mesmo artigo, estudantes da Universidade da Costa Rica. O impressionante é que a porcentagem de cooperação, e, portanto, de confiança e confiabilidade dos CEOs foi mais alta do que a dos estudantes em todos os cenários (Fehr e List, 2004, p. 764).

É importante notar a conclusão dos autores do estudo, no seguinte sentido:

(...) nossos resultados também indicaram que a *disponibilidade* da ameaça de sanção pode ser bastante produtiva – aumentando os retornos ocultos dos incentivos. Se os diretores *voluntariamente* se abstêm de usar a ameaça punitiva quando ela está disponível, os agentes exibem significativamente mais confiabilidade do que quando a ameaça de punição não estava disponível. Portanto, se agentes não encontram ameaça de punição, o mero fato de o diretor poder ter usado a opção punitiva afeta a confiabilidade do agente de uma maneira positiva. Essa descoberta sugere que o não-uso deliberado da ameaça é percebido como um ato particular de confiança que é retribuído com um ato particular de confiabilidade. Exibir confiança, em algum grau, parece gerar confiabilidade que racionaliza a confiança exibida inicialmente. Em outras palavras, confiança e confiabilidade se reforçam mutuamente (Fehr e List, 2004, p. 744).

Nota-se, portanto, que as sanções exercem, sim, um papel importante para a ação das pessoas. Elas são capazes de mudar o comportamento dos indivíduos e garantir mais cooperação em relação às normas sociais de determinados grupos, ou de produzir um efeito contrário e diminuir a cooperação de alguns. Elas afetam o raciocínio das pessoas, em relação a como elas devem agir, fornecendo um peso a mais em favor de determinada ação. Esse peso é determinado pelo “mal” representado por ela. Ainda, as sanções, em geral, devem aumentar a normatividade – pelo menos parecem fazê-lo, caso contrário teriam caído em desuso – e isso faz com que elas sejam desejáveis racionalmente para aqueles que apostam no uso das regras.

Alguns adendos, no entanto, devem ser feitos. Primeiro, a tradutibilidade desses resultados para o mundo jurídico depende de fatores variados, como o da função e da importância da cooperação para o direito. É importante que o sistema seja respeitado pelos cidadãos não apenas por medo? Deve-se realmente punir alguém por não cooperar com regras editadas por um grupo representante da maioria? Em segundo lugar, todos os experimentos acima indicados foram feitos com punições monetárias. Talvez seja errado dar o passo à frente e concluir que os resultados são válidos na mesma proporção para medidas restritivas de liberdade. O que os estudos mostram, no entanto, deve ser levado em consideração tanto como premissa para análises comparativas posteriores, envolvendo outros tipos de punição, como base para a escolha de sanções. Existem diversos tipos de sanções e aquelas que geralmente usamos podem não ser as melhores para os nossos propósitos. O problema é justamente responderse é melhor ter punição e qual a sanção que melhor funciona para cada caso, a que melhor consegue agir de forma positiva no raciocínio prático em favor das regras.