

5 Conclusão

Desviando a atenção de mundos logicamente possíveis para o mundo real, o filósofo tem de mudar sua estratégia para lidar com seu objeto de estudo. Compreender o direito de forma não-essencialista, como proposto no segundo capítulo, faz com que o foco do teórico do direito se desloque para os elementos que a experiência jurídica indica serem importantes para o funcionamento do direito. A sanção é um desses elementos, ela está presente em todos (ou quase todos) os sistemas jurídicos de que se tem notícia e parece ter grande importância para o conceito de direito dos cidadãos comuns, que o percebem mais coercitivo do que o filósofo supõe.

A prescrição de sanções é um instrumento racional para garantir que um sistema de regras funcione adequadamente, trazendo as consequências benéficas que se espera dele. A noção de estado de direito (*rule of law*) destaca, desde suas versões mais básicas até suas versões mais sofisticadas (Fuller, 1969 e Tamanaha, 2004), a importância de se viver em um ambiente de regras, e não em um ambiente onde as decisões são tomadas de forma *ad hoc*, seguindo os caprichos do responsável de plantão. Regras devem ser razoáveis de forma tal que possam trazer virtudes como segurança, certeza, previsibilidade, coordenação, eficiência, prevenção de erros, entre outras. É claro, porém, que nem todos concordam sobre o grau em que o direito deve se manifestar por meio de regras, nem sobre quais devem ser os seus conteúdos, ou sequer se a autoridade que as cria é legítima. Seja lá como for, com menos regras ou mais regras, com regras de conteúdo mais próximo de uma ideologia ou de outra, o ponto é que nem todos as seguem; não vivemos em uma sociedade de anjos. Para garantir a cooperação de todos, incluindo os homens “maus” – aqueles que não internalizam as regras por si mesmas como razões para agir –, a utilização de um mecanismo para garantir que os cursos de ação adotados sejam compatíveis com o conteúdo das regras é

desejável. Nesse cenário, as sanções e punições aparecem como escolhas atraentes para as autoridades. A discussão sobre sanções e punições, no entanto, está repleta de polêmicas, tanto descritivas quanto normativas.

A introdução da punição em jogos econômicos tende a aumentar a cooperação entre as pessoas e, portanto, trazer vantagens lucrativas para todo um grupo. Contudo, como nos ensina o caso da creche, descrito no terceiro capítulo, as sanções e suas punições correspondentes, bem como as recompensas, estão sujeitas a produzir efeitos indesejados por aqueles que as prescreve. Elas são capazes de diminuir a força normativa das regras e, assim, devem ser calibradas de forma adequada. A utilização dos resultados dessas pesquisas para o direito, no entanto, deve ser vista com um pouco de cuidado. Em primeiro lugar, algumas variáveis devem ser consideradas como os problemas que queremos que o direito resolva e o preço que podemos pagar para garantir cooperação. Além disso, os experimentos levantados não se utilizaram de sanções restritivas de liberdade, bastante presentes no direito. Se a utilização de regras é algo desejável para garantir cooperação e o uso de sanções pode aumentar a efetividade dessas normas, o problema passa a ser entender a melhor forma de modelar as sanções. Para isso, é importante compreender como as pessoas lidam com as punições, como elas as entendem e de que forma lançam mão de seu uso.

A verdade é que nem todos consideram punições justificadas, como nos mostra a tendência do abolicionismo penal. Na filosofia, entre os que aceitam a punição de peito aberto, existe grande discordância sobre o que faz com que uma punição esteja justificada do ponto de vista normativo. Nesse campo, o principal embate se dá entre retributivistas e as diversas vertentes do utilitarismo. Os retributivistas acreditam que se deva punir para se fazer justiça, de forma a dar ao transgressor de uma norma o que ele merece por seu ato. Os utilitaristas, de modo geral, por outro lado, acreditam que as punições devem aumentar a pró-sociabilidade dos membros de uma comunidade para que isso traga benefícios para todos.

Para além das pretensões normativas das duas correntes, a psicologia tem demonstrado, por meio de experimentos, que as pessoas são, em geral, retributivistas quando atribuem punição. Além disso, alguns estudos indicam que a atribuição de punição em casos concretos é bem menos racional do que se presume. Em verdade, como ficou evidenciado no quarto capítulo, a tendência

retributivista é uma resposta produzida por meio de um processo intuitivo, que é automático, rápido e bastante carregado emocionalmente. As pessoas punem por se sentirem moralmente ultrajadas com a conduta alheia.

Essa conclusão, todavia, não é tão simples e mostramos que algumas assimetrias surgem a partir dela. Embora sejam retributivas quando diante de casos concretos, as pessoas parecem mais propensas ao utilitarismo quando estão projetando as normas. Isso acontece porque não há uma emoção tão forte quando se está lidando com o caso em abstrato, permitindo que o sistema cognitivo racional trabalhe. Além disso, vimos que a atribuição de intencionalidade a um ato não está livre de sua avaliação moral, como imaginamos. As emoções negativas por ele produzidas fazem-nos julgar o caráter de uma pessoa, todavia, e sobretudo, tendemos a atribuir causalidade e intencionalidade como resposta a essas emoções. Como o direito penal lida com questões que geralmente são carregadas emocionalmente, é possível, portanto, que alguns erros sejam cometidos e pessoas inocentes sejam presas simplesmente por causa dessa característica cognitiva. Por último, dissemos que embora a intencionalidade tenha um papel importante no nosso julgamento sobre atribuição de punição, eventualmente avaliamos também o resultado, uma vez que punimos acidentes, postura que deveria ser racionalmente incompatível com a nossa característica retributivista.

Poderíamos enumerar várias outras discordâncias e discrepâncias significativas que ocorrem no âmbito da discussão sobre as sanções e punições. Apesar de todas essas polêmicas, científicas e filosóficas, existe um ponto com o qual todos concordam: punição é assunto sério! A ideia de aceitar ter um terceiro se imiscuindo em sua vida por meio de força e influenciando a sua conduta por meio de ameaças de punições não é facilmente digerida. Sendo assim, esperaríamos que o assunto fosse considerado com a seriedade que ele merece sempre, mormente por juízes de direito.

Um estudo recente realizado em Israel, contudo, revelou resultados sombrios e desanimadores. Shai Danziger, Jonathan Levav e Liora Avnaim-Pesso (2011) fizeram uma pesquisa cuidadosa com o objetivo de entender como juízes decidem em casos em que presos requerem livramento condicional ou outras melhorias em suas condições prisionais. Eles pegaram dados de 1.112 audiências judiciais presididas por 8 juízes diferentes, possuindo uma média de 22 anos de experiência no exercício da função. O que os pesquisadores descobriram, ao

controlar diversos fatores (jurídicos e não jurídicos) que poderiam afetar a decisão dos juízes, foi estarrecedor: o fator que melhor explicava as decisões dos juízes era a proximidade da decisão à hora do intervalo!

O dia dos juízes continha dois intervalos, um para o lanche da manhã e outro para o almoço, fazendo com que os julgamentos acontecessem em 3 diferentes sessões. Assim que começava o dia, aproximadamente 65% dos pleitos eram concedidos, mas esse índice decaía de forma dramática, chegando a 0% de concessão para os pedidos próximos ao primeiro intervalo para o lanche. Logo após o primeiro intervalo, o índice de acolhimento dos pedidos voltava para a casa dos 65%, caindo para 10% próximo ao segundo intervalo para o almoço. Depois do almoço, novamente as concessões voltavam ao índice de 65%, para logo depois caírem vertiginosamente mais uma vez. A conclusão dos autores é de que o destino do preso depende principalmente de um fator meramente contingente, isto é, do momento em que o seu caso é julgado.

Segundo os pesquisadores, a fadiga mental dos juízes faz com que adotem a posição *default* de manutenção do *status quo*, o que significa a preservação das condições prisionais do preso. As decisões que rejeitavam as solicitações e preservavam as condições prisionais continham menos palavras e as audiências eram mais curtas e, sendo assim, exigiam menos dos juízes. A fadiga mental pode ser gerada por três causas diferentes, que podem trabalhar de forma independente ou em conjunto: a quantidade de decisões que usurpa a energia mental do agente decisorio; a fome e a necessidade de repor o nível de glicose do organismo; o mau humor que pode aumentar com a fome e o cansaço. Como os autores não utilizaram qualquer medida para avaliar essas três possibilidades, a questão ficou em aberto, mas uma coisa é certa: juízes decidem de forma muito diferente antes e depois de um intervalo para comer.

O filósofo do direito deve levar todas essas informações em conta para construir a sua teoria descritiva e normativa sobre o direito. A explicação sobre as sanções (e as punições que incorporam), que constituem um componente tão marcante dos sistemas jurídicos existentes, não pode ser feita superficialmente. Se filósofos pretendem construir teorias normativas com implicações práticas, então não podem negligenciar as descobertas dos estudos empíricos, principalmente os psicológicos. Ainda que os resultados dos experimentos apresentados aqui não sejam totalmente conclusivos, parece interessante investir neste tipo de

abordagem, já que os estudos empíricos fornecem o espaço de possibilidades para um desenho institucional viável. Afinal, não adianta ter em mente uma teoria normativa preferida sobre as punições e achar que com isso todos os problemas estão resolvidos. Também faz-se necessário avaliar em que medida a psicologia descritiva das pessoas é compatível com tal teoria e todas as dificuldades que devem ser enfrentadas na sua implementação. Algumas pessoas defendem teorias normativas utilitaristas da punição, mas em que medida elas são compatíveis com nossas intuições retributivistas no momento de punir? E como lidar com o fato de que elementos extrínsecos a qualquer consideração sobre a punição, como a fadiga mental do julgador, podem afetar a sua atribuição?

O quanto um sistema jurídico pode se afastar daquilo que aqueles sob o seu escopo têm por intuição ser o justo? A resposta a essa questão é complexa. Não há um limite claro para o direito ser contraintuitivo. O que se sabe, no entanto, é que as pessoas que pensam que os códigos jurídicos têm um conteúdo moral (ou seja, que representam o que é justo em grande parte do tempo) estão mais propensas a obedecer o direito (Tyler, 2006). Há experimentos (Nadler, 2005) que demonstram que se os participantes descobrem que elementos específicos dos códigos jurídicos levam a resultados que violam os códigos morais dos participantes, tal descoberta faz com que eles estejam menos dispostos a cumprir o direito no futuro (Darley, 2009, p. 126). A calibragem adequada das sanções gera, nesse sentido, não só um resultado melhor tendo em vista a eficiência delas mesmas, mas também por fazerem com que as pessoas compreendam as normas como mais justas e estejam mais dispostas a segui-las.

O filósofo do direito não pode, portanto, abrir mão de uma abordagem interdisciplinar e empírica. Para poder prescrever adequadamente, é fundamental conhecer a estrutura e a arquitetura cognitiva (racional e emotiva) dos agentes destinatários das precrições: nós mesmos. Se não levamos em consideração como efetivamente tomamos as nossas decisões e nos comportamos, o risco é construir uma teoria normativa do direito baseada em uma psicologia moral equivocada e alijada da prática. Dessa forma, é salutar sempre manter em mente, ao construir uma teoria normativa ou sugerir reformas institucionais, o “Princípio do Realismo Psicológico Mínimo” de Owen Flanagan, que diz que devemos “ter certeza, quando construindo uma teoria moral ou projetando um ideal moral, que o caráter, o processamento da decisão e o comportamento prescritos são possíveis, ou

percebidos como possíveis, para criaturas como nós” (Flanagan, 1991:32). Afinal, a que propósito servem teorias normativas que ninguém pode aplicar?

Além disso, vários teóricos da punição trabalham dentro de seus nichos específicos e, portanto, parece que cabe ao filósofo a função de integrar de forma rigorosa e cuidadosa tantas informações sobre as sanções produzidas por tantas áreas e métodos de investigação diferentes. Na tentativa de tentar entender o mundo em que vivemos e, assim, fornecer respostas adequadas para melhorá-lo, o filósofo deve, dessa maneira, tecer a melhor teia epistemológica possível diante da diversidade de materiais de que dispõe.

O escopo deste trabalho foi o de encontrar e revelar alguns dos muitos aspectos da sanção/ punição discutidos em diversas áreas. É um pequeno passo e muitos outros podem ser dados. O sentimento, no entanto, é que ainda que as conclusões aqui esboçadas possam não estar de todo corretas, o trabalho vai ter valido a pena, se esse esforço servir ao menos como incentivo para que outras pessoas se aventurem a investigar as sanções, utilizando o material já levantado. Isso é fundamental tanto para o sucesso da explicação de sistemas jurídicos existentes quanto para a construção de propostas sobre desenhos institucionais factíveis.