

VISAO CRITICA DO DIREITO – O DIREITO: AS REGRAS DO JOGO

Eros Roberto Grau*

I. Posição da questão

01. Pretendo introduzir neste texto, sumariamente, algumas notas críticas a propósito do papel cumprido pelo Direito na sociedade capitalista, bem assim encaminhar determinadas questões como propostas ao debate que a perspectiva crítica reclama.

II. As regras do jogo

02. Valer-me-ei, no primeiro momento de minha exposição, de algumas colocações de ANATOL RAPOPORT e de ARTHUR ORLANDO.

Em seu *Lutas, Jogos e Debates*,¹ RAPOPORT procura identificar as diferenças essenciais entre esses três tipos de conflitos. Passo a transcrever trechos do seu texto:

“Comencemos por examinar o sentido da palavra “adversário” em cada um dos três conflitos. Aparentemente, numa luta o adversário é principalmente um estorvo. Não deveria existir, mas por alguma razão está ali. Precisa ser eliminado, desaparecer, ou perder seu tamanho ou importância. O objetivo de uma luta é fazer mal, destruir, subjugar ou fazer desaparecer o adversário.

Já no jogo não é assim. No jogo, o adversário é essencial. Com efeito, para quem participa do jogo com seriedade e dedicação, o adversário forte é mais valioso do que um oponente fraco. De Cerca forma, portanto, os adversários de um jogo cooperam. Em primeiro

* Universidad de São Paulo.

¹ Tradução de Sérgio Duarte, Editora Universidade de Brasília, Brasília, s/in-
dicação de data.

lugar, cooperam no sentido de seguir absolutamente e sem reservas as regras do jogo. Segundo, cooperam 'dado o melhor de si': isto é, apresentando ao outro o maior desafio possível".²

"En suma, portanto, a diferença essencial entre uma luta e um jogo, de nosso ponto de vista, é a de que enquanto numa luta objetivo (se houver) é fazer mal ao adversário, num jogo o objetivo é ser mais esperto que o adversário".³

"Para resumir, a diferença essencial, em nossa opinião, é de que uma luta pode ser idealizada como despida da racionalidade dos adversários, enquanto que um jogo, ao contrário, idealizado como uma luta na qual se presupõe a completa 'racionalidade' dos adversários".⁴

"Tomemos o debate tal como é: os adversários dirigem seus argumentos *um para o outro*. É claro que aqui não se trata de fazer mal ao adversário nem de 'ser mais esperto' do que ele, pois isso não aproveita ao objetivo. O objetivo é *convencer* o adversário, fazê-lo ver as coisas como nós a vemos".⁵

03. Oberva, por outro lado, em seu *Propedeutica Político-Jurídica*,⁶
ARTHUR ORLANDO:

"Em primeiro lugar a lucta economica pela vida differe essencialmente da lucta animal pela existencia.

A lucta economica é a lucta do homem contra o homem, ao passo que a lucta animal se trava entre especies diferentes.

Uma outra distincção é que na lucta animal os vencidos são eliminados, ao passo que na lucta social os vencidos não são eliminados senão no caso de absoluta impossibilidade de serem conservados como instrumento de exploração.

A relação de parasitismo entre vencedores e vencidos constituiu e uma das faces mais curiosas e características da história da humanidade.

Como consequência do parasitismo resulta o phenomeno especial do *processus* social isto é, ser o elemento vencedor o principal interessado em conservar o elemento vencido, porque a destruição da presa arrastaria o atrophamento, senão a morte do parasita."

04. Retiro à consideração das exposições de ambos os autores as seguintes premissas:

- a — a luta é um tipo de conflito que conduz à exterminação do adversário;

² pág. 14.

³ pág. 15

⁴ pág. 15

⁵ pág. 15

⁶ Tip. de J. B. Edelbrock, Recife, 1104, pg. 32

b — o jogo é um tipo de conflito que se desenvolve rigorosamente segundo determinadas regras, das quais a primordial consiste em preservar o adversário, eis que, exterminado esse, desaparece a possibilidade de jogar.

Não adoto, integralmente, a exposição de RAPOPORT, que supõe no jogo a racionalidade de ambos os adversários. Sustento possamos conceber um conflito que, para um dos adversários, é desenvolvido segundo a racionalidade de um jogo, ao qual adere, ingênua ou irracionalmente, o outro.

De outra parte, tenho para mim que o conflito que ARTHUR ORLANDO refere como “luta económica” consubstancia um verdadeiro jogo. Nela —luta social— “os vencidos não são eliminados senão no caso de absoluta impossibilidade de serem conservados como instrumento (objeto, direi eu) de exploração”.

O conflito do tipo *luta* subsiste apenas naquilo que ARTHUR ORLANDO refer e como “lucta animal pela existência”.

Ô5. De outra parte, permito-me, neste passo, retornar à exposição de RAPOPORT que, após sustentar que no jogo há uma “comunidade” entre os adversários, afirma:

“Essa suposição (a de que o adversário é a nossa imagem refletida ao espelho) revela o outro sentido no qual os adversários de um jogo ‘cooperam’, mesmo que seus interesses sejam opostos.

As vezes, num jogo, chega-se a uma situação em que o resultado é perfeitamente claro. Por exemplo, pode acontecer que num jogo de xadrez fique evidente que as brancas poderão chegar ao cheque-mate em cinco lances, como na partida que descrevemos. Nesse ponto, acaba o jogo. *Ambos* os jogadores reconhecem a situação, e não há razão para continuar a luta. Num jogo muito simples, como o ‘jogo da velha’ qualquer pessoa que jogue apenas algumas vezes percebe que *todas* as partidas terminarão efetivamente num empate, porque para cada lance destinado a vencer, há uma jogada contrária, que efetivamente evita o lance inicial. Por tanto, não há razão para que se jogue o ‘jogo da velha’ e as pessoas que conhecem bem o jogo não o jogam. Em certo sentido, a concordância *em não participar de uma luta cujo resultado já é conhecido antecipadamente* —e uma forma de cooperação.”⁷

O que pretendo ora introduzir é a assertiva de que se poderia perfeitamente conceber um “jogo da velha” desenvolvido sobre regras tais —excepcionais em relação às que determinam o seu normal processamento— que conduzisse sempre à vitória daquele que dá partida ao jogo. Bastaria, para tanto, que umas das “regras” vedasse ao adversário a prática da jogada contrária adequada, a ser contraposta no lance destinado a vencer.

Aí teríamos, sempre, assegurada ao jogador mais forte —que pratica o primeiro lance, no “jogo da velha”— a vitória.

⁷ ob. cit., pg. 15.

Estou convencido de que o conflito que ARTHUR ORLANDO refere como “luta econômica” ou “luta social” só aparenta ter as características de *luta* para um dos jogadores. Para o outro, tal a ingenuidade ou irracionalidade do primeiro, o conflito se desenvolve como um mero jogo, tal como o “jogo da vohla” sujeito a regras bastante peculiares, que conduzem à necessária vitória do mais forte.

O mais forte, neste jogo, é o detentor do capital. Divisa-o e conjunto dos trabalhadores como uma luta.

Como o conflito é *organizado* pelo capital, contudo, desenvolve-se como *luta* apenas na concepção idealística de um dos adversários O que um grupo de adversários visualiza como *luta de classes*, realiza-se, na praxis, como *jogo de classes*, jogo que conduz inevitavelmente à vitória do outro grupo, que ocupa função ativa na relação de parasitismo a que referia ARTHUR ORLANDO.

06. O que aquele primeiro grupo visualiza como *luta* não passa de um jogo, desenvolvido segundo regras muito especiais, que necessariamente conduz:

- a — à vitória do detentor do capital;
- b — à preservação dos vencidos, preservação indispensável na medida em que possibilita a continuidade do jogo e o renovar-se da relação de parasitismo: os vencidos não de ser conservados como objeto de exploração;
- c — ao renovar-se contínuo de conflito, organizado como jogo, indispensável à preservação de relação de parasitismo.

Importante notar é que, neste conflito, um dos adversários enfrenta o outro para perder, supondo (quando seja capaz de suportar, isto é, seja livre para avaliar o seu papel, o que, contudo, é excepcional participar de um conflito do tipo *luta*. As regras muito peculiares de organização e preservação do conflito, no entanto —repete-se— o institucionalizam como *jogo*.

E assim tem de ser, inevitavelmente, visto que a ruptura das regras desse jogo, com a exterminação dos destinados a perder, levaria à impossibilidade de jogar. Tal ocorrendo o vencedor perderia sua razão de existir como tal, pois não há opressor sem oprimidos.

Ahí, portanto, uma das peculiaridades marcadas desse jogo: nele, um *final de jogo* é inconcebível. As regras que o ordenam, muito peculiarmente, organizam-no como um conflito interminável, visto que na sua continuidade é que se garante, a cada etapa do jogo, a ocupação, pelos vencedores, da posição de parasitários dos a cada ato vencidos.

07. São extremamente peculiares, como observei, as regras que organizam esse jogo.

Tais regras consubstanciam o que na sociedade capitalista denominamos de *Direito*.

Como afirmei em diversa oportunidade,⁸ podemos descrever o Direito de várias formas e desde várias perspectivas. Na verdade não descrevemos

⁸ *A constituinte e a Constituição que Teremos*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985, pg. 53

jamais a realidade, porém o *nosso modo de ver a realidade*. E que a realidade só existe em nosso pensamento. A realidade é o que apresenta ser, para cada um de nós.

Diante de um objeto, minha consciência recebe o impacto do que ele *aparenta ser*, para mim. Posso dizer, então, que minha consciência vê os objetos exteriores como eles são, visto que eles são, nas suas manifestações (apariciões), absolutamente indicativos de si mesmos.

Como, porém, os objetos e a realidade existem em suas manifestações (apariciões) para mim, jamais os descrevo —os objetos e a realidade— mas apenas o modo sob o qual eles se manifestam para mim.

Logo, ao afirmar que podemos descrever o Direito de várias formas e desde várias perspectivas, estamos a dizer que o Direito se manifesta, para nós, de várias formas e desde várias perspectivas. E, também, que não descrevemos o Direito, porém os nossos modos de ver o Direito.

Posso, exemplificativamente, descrevê-lo como sistema de normas que regula —para assegurá-la— a preservação das condições de existência do homem em sociedade.⁹ Porém, se adotarmos uma *perspectiva crítica* poderemos descrever o Direito —isto é, o Direito visto criticamente— como sistema de normas voltado à transmutação da *luta* a que acima referi em *jogo* e à ordenação e organização desse mesmo “*jogo*”.

A afirmação acima postulada —de que aquelas regras do jogo consubstanciam o que na sociedade capitalista denominamos de *Direito*— conduz à consideração de inúmeros aspectos a partir dela desdobrados.

Neste breve texto, contudo, apenas a alguns deles aludirei —e de modo extremadamente sumário— meramente pretendendo, nisso, enunciar indagações, questões e temas a serem debatidos em momento e oportunidades adequadas.

08. Primeiro tema: pilastra fundamental do sistema jurídico capitalista é a *legalidade*.

Surge o princípio da *legalidade*, enquanto construção do Estado burguês de Direito, como a antítese da *legitimidade*. A consagração da legalidade como expressão da legitimidade racional (MAX WEBER) conduz à afirmação de *necessidade de obedecer* e à *anulação do direito de resistência contra o Direito injusto*.¹⁰

O Direito positivo está posto para ser cumprido. As regras do jogo devem ser obedecidas, pouco importando a valoração do seu conteúdo. A legalidade conduz à neutralidade axiológica do Direito.

E se afirma, então, que a legitimidade é impossível de ser aferida, porque o seu critério seria (1º) externo ao Direito, (2º) jusnaturalista ou (3º) o consenso social, infaferível.

Aqui, de fato, uma parcela ponderável de razão há de ser reconhecida em favor dos que sustentam ser infaferível o consenso social. Pisso porque,

⁹ Assim o descrevi no *A Constituinte e a Constituição que Teremos*, cit. pg. 54 e em meu *Elementos de Direito Econômico*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, pg. 1.

¹⁰ Vide meu *A Constituinte e a Constituição que Teremos*, cit., pg. 53 e ss, considerando-se a necessidade de reconstruirmos o princípio da legalidade.

em uma sociedade fundada na competição e dividida em grupos, estamentos e classes, não há como lograr-se o consenso. De resto, esse consenso não pode nem deve mesmo, enquanto *consensus*, entre tais grupos, estamentos e classes, ser logrado, visto que essa sociedade, a que nos referimos, é estruturada (pelas regras do jogo) sobre a organização e preservação do conflito social. Em outros termos: a legitimidade do Direito (antão não mais, se legítimo, consubstanciante das regras do jogo) é inalcançável em uma sociedade dividida em grupos, estamentos e classes.

Em razão disso mesmo, porém, também o princípio da legalidade perde substância o rezão de ser, senão meramente formal. E que a legalidade somente poderia justificar-se, até como a face operacional da legitimidade, enquanto pudesse ser referida como producto da representação parlamentar autêntica da sociedade. Ora, se a sociedade está atomizada e estilhaçada em grupos, estamentos e classes, enquanto tal o correr não há que cogitar de autêntica representação da sociedade legalidade, pois, perde toda a sua substância justamente em razão da impossibilidade de realizar-se a representatividade autêntica em sociedades tais como as referidas, divididas e atomizadas em grupos, estamentos e classes.

A legalidade, assim, por um lado passa a ter razão de ser exclusivamente formal, como imperativo lógico da consistência do sistema jurídico.

Por outro, transformar-se em mito de dominação de um dos jogadores pelo outro. A *justicia*, no jogo de que tratamos, está fundada sobre os critérios definidos na letra da norma, segundo padrões de *legalidade*. Essa *justiça*, portanto, tem fundamento meramente *formal*. A legalidad substitui a legitimidade. E certo, contudo, que a liberdade não é fruto da legalidade, prestando-se a lei também a servir de instrumento de justiça e opressão.

09. Segundo tema: as Constituições dos Estados capitalistas passaram, desde o início deste século, a consagrar determinados direitos econômicos e sociais.

Tais “direitos”, no entanto, são concebidos como destituídos de eficácia. Vale dizer, são “direitos” aos quais não corresponde nenhuma garantia jurídica de operacionalização. Aí a teorização das *normas programáticas*.

Com isso os jogadores dotados de poder de dominação impedem que os demais se afirmem capazes de realizar suas metas e de conquistar seus objetivos. As conquistas que historicamente seriam logradas por estes últimos antecipam-se os titulares do capital, paternalisticamente ofertando-as a eles.

O mínimo que estes últimos ousariam conquistar, assim, é eles atribuído como uma dádiva daqueles. Atribuído, porém, apenas e tão só *formalmente*, como “direito” inscrito no texto constitucional, não juridicamente assegurado e, por conseguinte, não juridicamente obtível.

O fato, todavia, é que tais “direitos” não constituem senão uma “concessão” que serve a interesses bem definidos, na medida em que contribuem eficazmente à continuidade do jogo.

Aparentando, por vezes, corresponderem a verdadeiras “conquistas”, tais “direitos” não mais consubstanciam senão estratégias concessões de

um dos jogadores, que “perde” neste ou naquele lance, para que o jogo continue a ser jogado, segundo as regras que o ordenam.

10. Terceiro tema: os jogadores dotados de poder de dominação promovem e estimulam a violência social porque ela, em primeiro lugar, confere ao jogo aparência de luta; em segundo lugar, porque a existência da violência social justifica o autoritarismo do Estado.

As regras do jogo —o Direito— estão por certo estruturadas de modo a, em sua dinâmica, coibir o excesso desabusado de violência (excesso esse cujos padrões de aferição variam em cada momento do jogo), mas jamais a exterminá-la.

Como a repressão é peça fundamental no jogo de que tratamos, é necessário que, aqui ou ali, o jogo aparente consubstanciar uma verdadeira luta. Justificada a repressão que tolha a violência social, justificadas também restarão as ações repressivas encetadas contra aqueles que sejam capazes de rebelar-se contra as condições em que o jogo se desenvolve —isto é, contra as regras dele ou o próprio jogo.

A existência da violência, na escala, adequada, presta-se de resto à conservação do aparelho repressivo do Estado: a função faz o órgão.

11. Quarto tema: paradoxalmente, ao mesmo tempo em que escamoteiam o conflito [a luta é transmutada em jogo], as regras do jogo consagram o ideal da livre competição. Este expressa, em sua raiz, o ideal da livre empresa.

A propósito, lembre-se que a legalidade é tomada pela doutrina liberal como dado fundamental para a constituição da noção de Estado de Direito, exprimindo esta —na dicção de FRANCESCO GALGANO—¹¹ em relação ao burguês singular, aquela mesma exigência (de um limite à ação pública, para salvaguardar da iniciativa privada) que o conceito de Estado Liberal exprime em relação à burguesia no seu todo.

O fato é que o ideal da livre empresa supõe estruturar-se toda a organização social sobre a lógica do conflito, marginalizada qualquer possibilidade de instalar-se a cooperação entre os homens. Isso não significa que a cooperação, como *meio*, não seja buscada — e imposta. Ela (cooperação) por certo é imposta aos homens, mas apenas enquanto *meio* para que o jogo tenha continuidade regular.

Em todo este contexto, ademais, o Estado, ao atuar sobre e no domínio econômico, desenvolve função de integração e modernização capitalista, suprimindo as ineficiências do capital, a serviço do qual atua.

Aqui, também, atuação marcada no sentido de preservação de sistema e de dar continuidade, perenizando-o, ao jogo.

12. Quinto tema: como a dinamismo da vida social reclama a permanente adaptação das regras do jogo a novas realidades emergentes e, de outra parte, o sistema capitalista reclama, para que possa ser fluentemente dinamizado, um mínimo de segurança e certeza jurídicas, instala-se no bojo daquelas regras (do Direito) um processo *homeostático*.

O temor “homeostase” segundo ALAIN DELAUNAY,¹² “designa a

¹¹ *Il Diritto Privato f Codice e Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1979, pg. 39.

¹² *Homeostase*, in Enciclopédia Einaudi, vol. 6, trad. portuguesa, Imprensa Nacional — Casa de Moeda, Lisboa, 1985, pg. 189.

tendência que um organismo vivo evidencia para manter o seu equilíbrio, preservar a sua integridade, conservar as suas características morfológicas e fisiológicas apesar das variações, aleatórias ou não, internas e externas, que provocam desequilíbrios locais os quais, se não fossem constantemente compensados, provocariam rapidamente a morte de todo e qualquer ser vivo”. A homeostase é assim —prosegue o mesmo autor— “a afirmação de uma lógica de repetição num campo existencial de variação”.

Neste passo, uma observação e algumas indagações devem ser introduzidas.

A assertiva de que o Direito passa a cumprir a função de instrumento de *transformação* da sociedade não é correta: o papel por ele cumprido é, meramente, o de *aperfeiçoamento* das regras ob jogo.

Propõe-se, pois —e vai aí uma indagação a tal respeito sejam debatidas as distinções entre *transformação* e *aperfeiçoamento* da sociedade e das regras do jogo.

Outra questão: até que ponto a referência a uma *homesotase jurídica* tornaria mais nítida a análise do fenómeno das normas e institutos jurídicos que ganham novo sentido, no tempo, diverso daquele que originariamente justificou a sua emanção e instituição —nova função, pois— bem assim das releituras e reinterpretações por que passam determinadas doutrinas e teorias?

13. As notas assim sumariamente produzidas poderão apresentar alguma utilidade na medida em que induzam o pensamento crítico.

Ajudam a compreender em que medida o Direito cumpre o papel de instrumento de *conservação* da sociedade, tal como estabelecida, e porque se impõe a sua transformação [do Direito] em instrumento de transformação da sociedade.

Auxiliam a compreender que, na sociedade capitalista, o profissional do Direito, ao atuar no seu ofício, qualquer que seja o setor dele no qual desenvolva atividade —na advocacia, na Magistratura, no Ministério Público, como jurista, no magistério —estará sempre provendo a defesa de interesses bem determinados, interesses que convergem para o objetivo da *preservação do jogo*, nas condições acima descritas.

Ainda que sejam provadas equivocadas, estas notas —o que não creio se possa demonstrar, não me opondo, contudo, que se tente fazer— terão cumprido seu papel: o de provocação ao debate.