

Direito e regras do jogo: uma ‘partida’ entre Hart e Streck

De fato, é recorrente a afirmação de que o Direito pode ser compreendido como as “regras do jogo”, mas de que jogo especificamente estamos falando?

Há quem defenda que esse “jogo” deve ser compreendido a partir de teses *behavioristas*, como a observação do comportamento dos juízes em seus julgamentos. É precisamente isso que advoga Lee Epstein em sua obra *The behavior of federal judges: a theoretical and empirical study of rational choice*, onde afirma que os juízes devem ser analisados tal como jogadores de beisebol cujas “jogadas” devem ser observadas para que seus movimentos possam ser previstos, e no futuro, quando situações similares se apresentarem, possa ser antecipado como será efetuado o julgamento.

Todavia, reduzir o Direito a simples trabalho de observação em que os “movimentos” do juiz estão sob análise constante para que se possa saber como ele irá agir em futuros julgamentos, mostra-se uma visão simplista da complexidade do que é o Direito e um triunfo da tese realista pela qual o Direito é aquilo que os tribunais dizem que ele é.

Desta forma, podemos estabelecer de pronto, que o Direito não pode ser reduzido ao jogo do juiz; se há de fato um jogo posto em que o Direito opera como preceito fundamental, este jogo só pode ser reconhecido mediante a sua consideração por todos os agentes envolvidos nele, com regras claras e válidas para todos que participam.

1. Direito e regras do jogo na obra Herbert. L. A. Hart

Apesar de não ser nova a ideia de que o Direito opera como as regras de um jogo, podemos tentar traçar a origem dessa referência à obra de Herbert L. A. Hart, onde este faz a equiparação de um sistema jurídico a um jogo recreativo, mediante a formulação de sua regra de reconhecimento.

Ainda que de uma forma simplificada, vale trazer uma contextualização do momento histórico em que Hart estava inserido, bem como a construção de algumas de suas principais ideias que redundaram nesta interessante construção teórica.

Seu interesse, se encontrava em investigar o Direito como uma instituição linguística e social, razão pela qual considera o Direito como fruto da cultura, sendo delineado pela linguagem, ensejando que a compreensão da linguagem e a forma de sua aplicação, colaboram para o aprofundamento do Direito como uma instituição social. Portanto, foi diretamente influenciado pelo *linguistic turn* [1].

Hart compreendia o Direito como uma realidade normativa complexa, formada por regras primárias e regras secundárias. Entende que definir o Direito estabelecendo o gênero e a diferença específica, não conduz a nenhum resultado útil. Portanto, este meio tradicional de definição é inapropriado para a efetivação de uma investigação filosófica acerca da natureza de elementos generalistas e abstratos. Assim, sua definição só é possível a partir de conceitos tão complexos quanto aqueles que busca definir [2].

Com esta premissa, a preocupação de Hart não se encontra na investigação de conceitos, mas sim no estabelecimento de condições que governam o uso das palavras. O questionamento por ele proposto é a compreensão do uso da terminologia Direito, norma etc.

Com base no modelo simples proposto por Austin, Hart observa a existência de dois tipos de normas jurídicas que possuem naturezas distintas. O primeiro tipo de regra jurídica é aquele que aplica sanções aos seus infratores; o segundo tipo de regra jurídica, permite que o indivíduo celebre contratos, contraia matrimônio etc. Há, ainda, as normas jurídicas que delimitam as funções dos legisladores e dos magistrados. Somente as primeiras regras podem ser entendidas como ordens coercitivas, não podendo a mesma lógica ser aplicada às normas que concedem faculdades ao indivíduo. Desta forma, as normas que conferem faculdades não podem ser incorporadas a ordens coercitivas, como era feito no austiniano.

Com base nessas premissas, Hart estabelece que as normas que fixam o que o indivíduo pode ou não fazer, estabelecendo obrigações e exigindo sua obediência, são as normas primárias. Normas secundárias, são aquelas que concedem faculdades e indicam de que modo se criam, reconhecem, troca, revogam, aplicam e executam as normas primárias [3].

As normas secundárias, estas podem ser subdivididas em três categorias: normas de reconhecimento, responsáveis por especificar as formalidades que uma norma deve reunir para que seja juridicamente válida; normas de modificação, que determinam de que forma as normas podem ser revogadas ou alteradas e, por fim, as normas de decisão, que estabelecem de que maneira a são aplicadas e executadas as normas jurídicas.

São estas regras de modificação e decisão que transformam o sistema legal e um sistema de natureza autorregulatória. Portanto, o Direito se caracteriza por criar meios pelos quais o próprio Direito pode ser alterado, aplicado e executado.

E aí vem o "pulo do gato": a regra de reconhecimento é a regra responsável por transformar o Direito em um sistema de regras diferenciado e possível de ser amplamente identificado.

Um sistema jurídico é caracterizado por uma regra de reconhecimento e as demais regras que exigem que aqueles que fazem parte do sistema judicial ajam de acordo com estas regras e as apliquem. A regra de reconhecimento, por si, é uma regra social. Através de uma investigação dos costumes e das práticas de seus agentes oficiais, é possível estabelecer empiricamente a sua existência e conteúdo. Portanto, para existência de um sistema jurídico o requisito básico é que os aplicadores oficiais aceitem e sigam a regra de reconhecimento e que a população, majoritariamente, cumpra a lei [4].

Para Hart, a regra de reconhecimento é responsável por estabelecer os critérios para identificação das normas jurídicas, porém esta não precisa estar expressa em algum lugar, podendo existir, apenas, implicitamente. Assim, a regra de reconhecimento é responsável por estabelecer um critério para a validade jurídica.

Para exemplificar sua ideia, Hart formula algumas proposições acerca de como o Direito deve ser visto como as "regras de um jogo". Nesse sentido, busca assinalar a necessidade de que o juiz, enquanto intérprete de uma norma, obedeça às regras implícitas, sob pena de subverter a própria natureza daquele "jogo".

Desenvolveu, então, seu paralelo entre o direito e as regras de um jogo, assinalando que, tal qual em um esporte competitivo, a regra do sistema de pontuação de um determinado jogo, é análoga à regra de reconhecimento de um sistema jurídico.

Hart amplia esta concepção de que a aplicação de uma regra de reconhecimento se encontra habitualmente presente de forma implícita, por meio da aplicação de uma regra interna ao sistema, ou uma afirmação interna. Significa dizer que a manifestação da regra de reconhecimento se dá, em sua aplicação, pela forma como as regras concretas são identificadas e utilizadas de maneira concreta, seja pelos tribunais, pela administração pública, pelos particulares, seus advogados e por todos os demais usuários que aceitam o sistema. Em contrapartida, há o que o autor denomina como "afirmações externas", feitas por aqueles que não compartilham, não reconhecem, não se põem dentro do sistema jurídico [5].

A regra de reconhecimento é análoga, portanto, à regra de pontuação de um jogo. No decorrer deste, a regra geral que determina a marcação de pontos raramente é formulada. Ao invés disso ela é usada pelas autoridades do jogo e seus jogadores na identificação das condições para obtenção da vitória. No jogo também as declarações do árbitro têm status especial de autoridade que lhes é atribuído por outras regras e a há a possibilidade de conflito entre as regras dotadas de autoridade e a compreensão geral do que a regra exige [6].

Assevera que aquilo que confere natureza ao jogo é o reconhecimento de suas regras por todos os participantes. Para ele, é este reconhecimento que diferencia um jogo preestabelecido entre seus participantes de um jogo de "discricionariedade do marcador". Neste ponto, destaca que sempre há no jogo um espaço interpretativo, nos moldes de uma área de textura aberta. No entanto, as marcações do árbitro ou as decisões do juiz devem seguir o padrão de pontuação tido por correto entre os participantes dentro daquela estrutura de jogo previsível [7].

Portanto há um limite, até onde o jogo pode persistir em face de erros sucessivos do árbitro. Se o árbitro começa a alterar substancialmente as regras do jogo que está sendo jogado durante ele, introduzindo aspectos que não se encontram dentro das regras de previsibilidade tidas pelos participantes, pouco a pouco se deixa de jogar o jogo vigente e se passa a estar no jogo de "discricionariedade do marcador" [8]: o jogo do juiz.

O que busca Hart através do estabelecimento de um paralelo entre sistemas jurídicos e um jogo é apontar como, através de suas regras, este orienta as pessoas à prática desse empreendimento social, porém competitivo e de cooperação, sendo o reconhecimento do jogo por todos os participantes que estão nele envolvidos determinante para que este continue a ser jogado corretamente [9].

Assim, é possível vislumbrar como Hart concebe a relação entre o Direito e regras de um jogo, como o beisebol ou o críquete. Deve ser ressaltado que esta análise feita por Hart se encontra dentro do desígnio do positivismo ao qual o autor estava vinculado, mais especificamente ao que se passou a chamar de *soft positivismo* após as críticas formuladas por Dworkin ao trabalho de Hart, mas isso é assunto para outro momento.



2. O direito como regras do jogo, na perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito

Pois bem, dentro desta sua perspectiva positivista, Hart concebe o Direito como regras de um jogo; e concebe a regra de reconhecimento de um sistema jurídico opera de maneira implícita, tal qual a regra de um jogo competitivo, que em caso de completa subversão, esta deixa de ser um jogo de críquete e passa a ser um jogo de discricionariedade do marcador.

Lenio Streck já se debruçou sobre a proposição de Hart [10] e fez uma adaptação do exemplo sem valendo do futebol: Hart falava das regras do jogo e do árbitro. Adaptando para o futebol fica assim: as regras do jogo não são as regras do árbitro. O jogador entrando na área e é derrubado no meio da área, é pênalti. Se o jogador estiver entrando na área, meio metro para dentro, meio metro para fora, essa é a zona da franja, em que o árbitro tem discricionariedade para decidir se marca ou não o pênalti. Assim, com certeza, se um jogador for derrubado no meio do campo ou a dois metros da grande área, não será pênalti. O árbitro pode até marcar. E valerá. Mas o problema será a jogada seguinte, porque outro jogador exigirá pênalti se for derrubado no meio do campo. Neste momento, já não ocorrerá um jogo de futebol que tem suas regras e, sim, o jogo das regras do árbitro. Já não será futebol [11].

Streck destaca a importância passível de ser vislumbrada no respeito as regras do jogo instituído. Valendo-se do exemplo do futebol, aponta que o árbitro de futebol está submetido a um *accountability* muito superior ao qual os juízes estão submetidos, uma vez que um pênalti equivocadamente marcado ou uma expulsão incorreta, esta será acusada pelas câmeras que

transmitem o jogo em tempo real. Assim, o Árbitro que comete um claro erro ao tomar uma decisão dentro de campo sofrerá um imenso “constrangimento” por parte das pessoas que acompanham a partida. Esse “constrangimento” operado por aqueles que acompanham um jogo de futebol, faz com que nenhum Árbitro tenha coragem de marcar um pênalti no meio do campo [12].

Movendo a discussão para o campo do Direito e para a CHD, o que se propõe é que um Árbitro de futebol está sujeito a maiores constrangimentos públicos em face de decisões erradas por ele tomadas dentro de uma partida de futebol do que um magistrado está sujeito por decisões erradas por ele proferidas em um processo. A razão para isso é que no campo do Direito, em especial dentro da realidade brasileira aqui tratada, os juízes não se constrangem ao proferirem decisões erradas, razão pela qual se faz necessário a utilização de “constrangimento epistemológico” [13].

É possível perceber como, já algum tempo, o Poder Judiciário brasileiro tem atuado marcando pênaltis no centro do campo. Cada vez que o Judiciário tem uma atuação decisiva ou entendo ativista, incidir justamente naquilo que Hart criticava ao dizer que ao se subverter a regra do jogo ao extremo não se está mais diante de um jogo de futebol, mas sim diante do jogo do juiz [14].

Embora Streck não explicita quais julgados entende que tenham sido casos em que o julgador tenha marcado um pênalti no centro do campo, me permito, neste ponto, citar alguns casos que, sob esta perspectiva se poderia dizer que foram marcadas penalidades máximas fora da área.

Como laboratório privilegiado de análise de casos problemáticos é sempre possível se valer de casos analisado pelo Supremo Tribunal Federal por sua enorme repercussão no âmbito do Direito brasileiro, uma vez que se trata da Suprema Corte do país e que exerce o papel de último intérprete e Guardião da Constituição Federal.

Podemos citar como casos em que foram marcados pênaltis no centro do campo, o caso da ADPF nº 178, no qual foi regulamentada as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, garantindo-lhes os mesmos direitos que os companheiros heterossexuais através da via judicial, atacando as disposições do artigo 1.723 do CC e do artigo 226, § 3º da CF [15]; a ADO nº 26, que “criou” os tipos penais de homofobia e transfobia ao equiparar as ações ao crime de racismo (ambos casos reconhecidos como de ativismo judicial pelos primeiros ministros do Supremo [16]).

Outro caso, que pode ser citado é o caso do HC 126.292/SP, no qual o Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade da execução provisória da pena em casos em que não houvesse, ainda, condenação transitada em julgado, em visível desacordo com expressa previsão constitucional [17].

Apesar deste caso se mostrar como um erro grave, o Supremo foi posteriormente salvo de seu primeiro erro ao julgar as ADIs nº 43, 44 e 54, onde foi reconhecida a constitucionalidade do artigo 283 do CPP. De fato, no caso, não há como dizer que o artigo 283 seja inconstitucional, uma vez que ele simplesmente replica o que está expresso na Constituição.

Foi necessário chamar o VAR para a resolver a questão afinal: ao decidir o caso do HC 126.292/SP, o STF voltou atrás em sua decisão. Poderíamos dizer que após ser chamado ao monitor pelo

Árbitro de vÃdeo, verificou o erro claro que havia cometido: o jogador havia sido derrubado fora do campo...

Ao contrÃrio de um jogo de futebol onde a soluÃ§Ã£o Ã© imediata, no caso em questÃo, esta correÃ§Ã£o sÃ³ foi possÃvel em face do trabalho desenvolvido ao longo dos anos por aqueles que se dedicaram em apontar o erro claro da decisÃo que havia sido tomada. Se esta decisÃo permanecesse hÃgida, estarÃamos diante de um caso claro onde nÃo se estaria mais respeitando as regras do jogo e sim jogando o jogo do juiz.

Retornando as perspectivas de Hart e Streck, hÃ que se apontar uma diferenÃa crucial: Hart concebia o Direito como um sistema de regras, tal situaÃo difere da perspectiva *dworkiniana* que entende o Direito como um conjunto de regras e princÃpios, perspectiva incorporada Ã CHD. Assim, Hart entendia que os casos difÃceis eram resolvidos pela discricionariedade; para ele o Direito nÃo poderia ser corrigido pela moral atravÃs do que foi denominado como â??princÃpioâ?. Ainda assim, Hart pode ser entendido como um positivista moderado, uma vez que aceitava que, em face das caracterÃsticas peculiares de sua regra de reconhecimento, a tradiÃo da separaÃo entre direito e moral vigente Ã Ãpoca, estava de certa forma equivocada [18].

No entanto, ainda que oriunda de uma matriz teÃrica diversa, a proposta de Hart se mostra de extrema utilidade para demonstrar os limites da interpretaÃo surgidos a partir do seu â??Conceito de Direitoâ? no qual aborda os problemas existentes em dois planos: o mundo dos conceitos do formalismo e ceticismo em relaÃo Ã s regras. RazÃo pela qual a metÃfora do crÃquete, convertida ao futebol se mostra tÃo Ãtil [19].

Sob a perspectiva da CHD, nÃo hÃ espaÃo para a discricionariedade positivista. O prÃprio desenvolvimento da CHD Ã produto da integraÃo da hermenÃutica filosÃfica gadameriana com a teoria da â??*law and integrity*â? de Dworkin, uma vez que ambas sÃo antirrelativistas e antidiscricionÃrias, apostando, respectivamente, na tradiÃo, coerÃncia e integridade para deter as â??contingÃnciasâ? do Direito que seduzem os juÃzes a julgar de maneira pragmÃtica [20].

A busca por respostas corretas aparece como um remÃdio contra a discricionariedade do positivismo [21]. Portanto, sob a perspectiva da CHD, o juiz nÃo teria espaÃo discricionÃrio para apontar uma penalidade, o que nÃo significa dizer que toda vez que um jogador caÃsse na Ãjrea seria pÃnalti. HÃ uma resposta adequada.

Na seara dos princÃpios, se faz necessÃrio enfrentar outro problema a respeito destes que vigora nos tribunais brasileiros – o qual nÃo se encontra dentro da visÃo de Hart do Direito enquanto regras de um jogo â?? mas a qual vem sendo enfrentado pela CHD que Ã a questÃo do â??pamprincipiologismoâ?.

O que se chama de "principiologismo", é produto da ideia de que princípios são valores e trazem a moral para dentro do direito [22]. O problema central do principiologismo se encontra em sua perspectiva fragilizadora do Direito, uma vez que os princípios tem sido usados nos tribunais brasileiros como trunfos argumentativos para que o magistrado deixe de aplicar uma Lei que não lhe agrade, quando em verdade os princípios devem fechar a interpretação [23].

Para a CHD um juiz não pode se valer de princípios criados por ele próprio para solucionar casos. A CHD rechaça veementemente o voluntarismo judicial e o protagonismo judicial em prol da construção de um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição.

Feita toda esta digressão resta a pergunta: afinal de contas, qual é o "jogo" que o Direito regula? Me proponho a responder, o jogo que está sendo jogado através do Direito é o jogo democrático. O respeito à Constituição e a validade das regras para todos os seus participantes seja qual for a esfera de autonomia em questão é fundamental para a sobrevivência desse jogo democrático.

A questão se torna especialmente relevante quando aplicamos esta metáfora à esfera de atuação do Poder Judiciário no Brasil. Por mais que para o adequado funcionamento do Judiciário seja necessária a participação de outros atores nesse empreendimento vemos com frequência casos em que cada juiz cria as suas próprias regras e se não gostar, ele leva a bola embora!

Conforme já dizia Hart, quando a subversão do jogo é tão substancial que ele não pode ser mais reconhecido pelos demais participantes ele deixa de ser futebol (ou crquete) e vira o jogo de discricionariedade do marcador. Pois bem, quando o Direito é subvertido pela vontade dos juizes e, especialmente, dos tribunais, não é mais Direito, é realismo (aquilo que os tribunais dizem que é); E já não é mais o jogo democrático da Constituição, é autoritarismo.

[1] STRECK, Lenio Luiz. O que é isto "decido conforme minha consciência"? 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

[2] RODRIGES, Horácio Wanderlei; HEINEN, Luana Renostro. Empiria como Critério de Vigência do Direito: entre Alf Ross e Herbert Hart. Revista Seqüência (Florianópolis), n. 72, p. 193-216, abr. 2016. p. 196.

[3] *Ibid.* p. 197.

[4] RODRIGES, Horácio Wanderlei; HEINEN, Luana Renostro. *Op. Cit.* p. 198-ss.



[5] OLIVEIRA, Henrique Silva de. A exaltação de regras de jogos como modelo de deferência na teoria jurídica do século XX: Uma abordagem em Hart e Ross, com um olhar sobre Gregório Robles. In Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organizada pelo CONPEDI/UFSC; coordenadores: José Alcebades de Oliveira Junior, Robson Tramontina, André Leonardo Copetti Santos. Florianópolis : CONPEDI, 2014. p. 8

[6] HART, Herbert L.A. O Conceito de Direito. 2ª Edição. Lisboa : Fundação Calouste Gulbekian. 1995. p. 113.

[7] *Ibid.* p. 157-158.

[8] HART, Herbert L.A. *Op. Cit.* 1995. p. 158.

[9] *Ibid.* p. 159.

[10] Este que vos escreve já teve o privilégio de conversar com o professor mais de uma vez como no ano de 1984 ao realizar um seminário sobre Hart enquanto cursava o mestrado em Direito resolveu realizar uma adaptação da metáfora e Hart aproximando-a do nosso mundo através do futebol.

[11] STRECK, Lenio Luiz. Direito e futebol: Quando o pássaro é marcado no meio do campo... Revista Eletrônica Consulto Jurídico, 2014, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-27/senso-incomum-crepusculo-jogo-regra-jogo-aquilo-arbitro>>. Acesso em: 15/08/2021

[12] STRECK. *Op. Cit.* Revista Consultor Jurídico. 2014.

[13] Sobre o que vem a ser o constrangimento epistemológico: O que é o constrangimento epistemológico? Trata-se de uma forma de, criticamente, colocarmos em xeque decisões que se mostram equivocadas. No fundo, é um modo de dizermos que a doutrina deve voltar a doutrinar e não se colocar, simplesmente, na condição de caudatária das decisões tribunais (STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo conceitual hipossuficiente de princípio: Dilemas da crise do direito. Revista de Informação Legislativa. a. 49 n. 194 abr./jun. Brasília, 2012.)

[14] STRECK. *Op. Cit.* Revista Consultor Jurídico. 2014.

[15] STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. v. 1, n. 2 (2009). p. 80.

[16] BARROSO, Luis Roberto. 26 de outubro, noite V COLÓQUIO DE CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO. 24:49 minutos. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6ynfDkrQPyE>.



[17] STRECK, Lenio Luiz. *in* Crise dos Poderes da República: judiciário, legislativo e executivo [livro eletrônico] / Coordenação de São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017. n. p.

[18] STRECK. *Op. Cit.* Revista Consultor Jurídico. 2014.

[19] *Ibid.*

[20] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014. p. 311.

[21] *Ibid.* p. 315.

[22] STRECK. *Op. Cit.* 2017. p. 150.

[23] STRECK. *Op. Cit.* Revista Consultor Jurídico. 2014.

Autores: Thales Delapieve