



O jogo do Direito

The game of Law

Péricles da Cunha Lopes¹

Resumo

O Direito e o jogo apresentam muitas semelhanças em suas estruturas. O ambiente jurídico não só apresenta as características de um jogo, como também, busca a mesma finalidade que esse. São atividades ou ocupações exercidas dentro de certos e determinados limites de tempo e de espaço, segundo regras livremente consentidas, mas absolutamente obrigatórias, dotado de um fim em si mesmo, acompanhado de um sentimento de tensão e de alegria e de uma consciência de ser diferente da 'vida cotidiana'. A ideia de ganhar está estreitamente relacionada com ambos, e isso significa manifestar sua superioridade num determinado aspecto. A competição judicial está sempre submetida a um sistema de regras restritivas que, independentemente das limitações de tempo e lugar, colocam firme e inequivocamente o julgamento no interior do domínio do jogo ordenado e antitético. Essa sugestão, do Direito (processo) como um tipo de jogo, encontra respaldo no conceito de jogo e na própria teoria dos jogos.

Palavras-Chave: Jogo. Direito. Linguagem. Teoria dos Jogos. Competição.

Abstract

Law and play have many similarities in their structures. The legal environment not only presents the characteristics of a game, but also seeks the same purpose as this one. They are activities or occupations exercised within certain and certain limits of time and space, according to rules freely allowed, but absolutely mandatory, endowed with an end in itself, accompanied by a feeling of tension and joy and a consciousness of being different of 'everyday life'. The idea of winning is closely related to both, and that means manifesting your superiority in a certain respect. Judicial competition is always subject to a system of restrictive rules which, regardless of the limitations of time and place, firmly and unequivocally place judgment within the domain of orderly and antithetical play. This suggestion, of the right (process) like a type of game, finds support in the concept of game and in the own theory of the games.

Keywords: Game. Right. Language. Game Theory. Competition.

Artigo recebido em 30 de Janeiro de 2017 e aprovado em 14 de Junho de 2017.

¹ Graduando em Direito na Pontifícia Universidade Católica, unidade Barreiro.

E-mail: periclesclopes@yahoo.com.br

Introdução

A indagação se o Direito teria, com todo seu repertório de leis e procedimentos, os elementos para ser considerado um jogo pode ser, inicialmente, respondida recorrendo aos dizeres de Huizinga (2012, p. 87):

A possibilidade de haver um parentesco entre o direito e o jogo aparece claramente logo que compreendemos em que medida a atual prática do direito, isto é, o processo, é extremamente semelhante a uma competição, e isto seja quais forem os fundamentos ideais que o direito possa ter.

Examinando as semelhanças entre o Jogo e o Direito, percebe-se que o homem médio enxerga no Direito um grande jogo. Espera-se a competição e busca-se a vitória sobre o outro atrás do grande prêmio. Cada um tem seu papel. Há aqueles que se fantasiam de terno e gravata, revestem-se duma postura imponente, apossam-se de uma oratória rebuscada e douram-na com termos de uma língua clássica cujo significado mal compreende. Quiçá dominam. Mas está de acordo com as regras da situação. Outros se recobrem com uma toga e dela recebem uma autoridade tão grande quanto o próprio ego. Decidem a vida alheia, mas também de acordo com as regras. Por fim, têm-se os que se sujeitam aos desmandos desses dois, ora como aliados, ora como rivais e, ainda, às vezes, como alunos de um curso de dramaturgia. Sempre conforme as regras. Tudo para que o jogo flua e atinja seu ápice: a vitória de um em detrimento de outros.

Parece que o ambiente jurídico não só apresenta as características de um jogo, como também, busca a mesma finalidade que esse. Teóricos como Huizinga, Caillois, Becker e mais recentemente Rosa e Robles, entre outros, dedicaram extensas obras cuja leitura orienta para a fácil percepção das semelhanças da fase processual do Direito com os mecanismos de um jogo. Não se podem olvidar indagações a respeito de como as regras daquele garantem seu bom andamento, assim como inserem e mantêm o clima de tensão e ansiedade típicas de jogadores em uma partida.

Todo jogo significa alguma coisa. A grande maioria, contudo, preocupa-se apenas em saber o que é o jogo em si e o qual seu significado para os jogadores envolvidos. Embora o divertimento do jogo, elemento que lhe é essencial, resista a toda análise e interpretações lógicas, deve-se ressaltar que o contraste entre jogo e seriedade não é decisivo. Reina dentro do domínio do jogo uma ordem específica e absoluta, logo é ordem (e, portanto, sério) e cria ordem.

A própria cultura surge sob a forma de jogo. Em seu processo evolutivo, quer progredindo ou regredindo, permanece oculto por detrás dos fenômenos culturais o elemento lúdico.

O jogo, segundo Huizinga (2012, p. 34,) é assim definido:

[...] o jogo é uma atividade ou ocupação voluntária, exercida dentro de certos e determinados limites de tempo e de espaço, segundo regras livremente consentidas, mas absolutamente obrigatórias, dotado de um fim em si mesmo, acompanhado de um sentimento de tensão e de alegria e de uma consciência de ser diferente da 'vida cotidiana.

Um aspecto representativo ao tema é o fato de que a linguagem tentar fracionar e diminuir o conceito de jogo, transformando-o em uma simples atividade geral. Sob o óbice do próprio Huizinga, tem-se que o jogo se trata, ainda, de uma luta ou representação de/ou por alguma coisa. Emenda-se ao conceito de jogo o caráter de competição, sendo impossível separá-los. Assim, tem-se que o jogo é uma entidade autônoma, independente e que se sobrepõe a seriedade, já que enquanto essa procura excluí-lo, aquele a engloba.

A ideia de ganhar está estreitamente relacionada com o jogo, e isso significa manifestar sua superioridade num determinado aspecto. Assim, começa a se delinear similaridades entre o jogo e âmbito jurídico. Jogamos ou competimos por alguma coisa, e em todo processo, cada uma das partes está sempre dominada por um intenso desejo de ganhar sua causa. O objetivo é nada menos que a vitória, um prêmio cujo valor pode ser simbólico (o fato de superar o outro em astúcia e domínio de alguma técnica), quando não material (a aquisição do bem pretendido na lide). Vale lembrar que todo lugar em que se ministra a justiça é um lugar sagrado e separado do mundo vulgar, e os juízes que vão ministrar a justiça saem da vida “comum” assim que vestem a toga e colocam-se entre as partes. Ou seja:

A competição judicial está sempre submetida a um sistema de regras restritivas que, independentemente das limitações de tempo e lugar, colocam firme e inequivocamente o julgamento no interior do domínio do jogo ordenado e antitético. [...] O julgamento pode ser considerado como um jogo de azar, como uma aposta ou como uma batalha verbal. (HUIZINGA, 2012, p. 90).

Assoma-se ainda o fato de que o próprio conceito de julgamento deriva do ordálio (juízo divino). O ponto de partida do ordálio deve a competição, vez que para o espírito primitivo o fato de ganhar, enquanto tal, é prova da posse da verdade e do direito, é uma decisão sagrada, concedida pelos deuses, conforme questionado por Huizinga (2012, p. 94)

Não seria mais verdadeiro dizer que o proferimento da sentença (e, portanto, a própria justiça legal) e o julgamento por ordálio têm ambos suas raízes na decisão agonística, na qual a última palavra é dada pelo resultado de uma competição [...]. A luta pela vitória é sagrada em si mesma, mas, uma vez animada por concepções nítidas acerca do bem e do mal, a luta passa a pertencer a esfera do direito; e, vista à luz das concepções positivas do poder divino, passa a pertencer ao domínio da fé. Todavia, o fenômeno fundamental em todos esses casos é o jogo.

Nessa esteira, tem-se que no processo, enquanto representação prática do Direito torna-se plausível a aplicação da *Teoria dos Jogos* em sua seara. Considerando essa linha de

raciocínio e pautando-se nos componentes essenciais de um jogo estratégico retirado da aludida teoria, é possível classificar o processo como prática lúdica. Considere-se que nesse jogo cada agente atua levando em conta a decisão do outro jogador. Sua estrutura obedece a regras claras e preestabelecidas, a partir das quais são determinadas as escolhas (decisões) e resultados possíveis. Tem-se ainda o aspecto da racionalidade, conforme elucida Carvalho (2007, p. 218): “O conceito de racionalidade aqui aplicado admite que cada jogador, em sua decisão, escolherá a alternativa mais adequada aos seus objetivos, isto é, buscará o melhor para si considerando as restrições existentes”.

Aprofundando-se nessa teoria é possível especificar ainda mais a classificação do processo enquanto jogo estratégico. Seria o processo um jogo de soma zero (podendo se converter em soma não-zero em algumas situações como a conciliação), cooperativo, dinâmico, sequencial de conteúdo completo e de informações perfeitas. Tais conceitos serão ampliados e devidamente explicados mais adiante. Assim, em anuência com Bêrni (2004, p. 13):

Interessa-nos a situação em que há interação entre agentes, sendo que a ação de alguns influencia o bem-estar dos demais, e vice-versa. Devemos tentar compreender o ponto de vista do oponente, não subestimar seu grau de racionalidade e, supondo-o racional, tentar antever sua reação a nossa ação. Trata-se de situações de interação entre dois indivíduos (ou grupo de indivíduos, ou mesmo três ou mais indivíduos) com interesses divergentes, mas não necessariamente opostos [...].

A sugestão do Direito (processo) como um tipo de jogo encontra respaldo no conceito de jogo e na própria teoria dos jogos evidenciando a relevância de estudá-lo como, tal a fim de compreendê-lo e, assim, extrair-lhe resultados mais proveitosos.

1 Definição de jogo

1.1 O que é um jogo?

Todo jogo tem um significado singular. As teorias que já trataram desse tema restringiram-se em analisá-lo sob seu significado intrínseco, não por sua representação (divertimento) para os jogadores. Esta resiste a qualquer análise ou tentativa de compreensão lógica, mas sabe-se que é quem define a essência do jogo.

Todo jogo possui uma realidade única. A existência autônoma da realidade proporcionada pelo jogo é indiscutível, assim como sua função social. A apreensão do conceito de qualquer jogo se dá pelo significado que fornece aos seus jogadores e esse é o ponto de partida para analisá-lo.

É divertimento, que não deve ser entendido como ausência de seriedade, pois o jogo, quando executado pelos seus participantes, é feito dentro do maior rigor possível.

Pelo viés de sua função, o jogo atua como uma disputa e manifesta-se através da luta por alguma coisa ou representação de alguma coisa. Por vezes, os jogos promovem algum ganho (lucro), ora manifesto em sua modalidade de apostas (jogos de azar), ora em sua finalidade social, ou seja, a vitória em uma contenda.

Em Huizinga (2012) encontramos a definição de jogo como atividade de ocupação voluntária realizada dentro de um limitado tempo e espaço e em acordo com certas regras combinadas entre os participantes – mas de teor obrigatório – que se orienta para uma situação de tensão, divertimento e diferente da vida real. Essa definição ratifica-se em Caillois (1990, p. 26), que definiu o jogo como “uma ocupação separada, cuidadosamente isolada do resto da existência, e realizada, em geral, dentro dos limites precisos de tempo e lugar”.

Acrescenta ainda que a incerteza em torno do jogo e de seu fim é o que sustenta o seu ambiente. O conhecimento antecipado do desfecho, ausente de surpresas ou probabilidade de erros, tornaria a situação incompatível com a natureza de um jogo. Ele revela-se na necessidade de apresentar uma resposta, desde que dentro das regras. Tal liberdade de ação dos jogadores é que retorna ao jogo seu caráter prazeroso e, portanto, de divertimento.

Assim, para fins do presente trabalho, adotaremos a linha de raciocínio deste último, por melhor se aproximar da pretensão de analisar o enquadramento do Direito como um jogo. Trataremos, portanto, o jogo como atividade livre, delimitada, incerta, (às vezes) improdutiva, regulamentada e fictícia.

Importa dizer que todo jogo apresenta características específicas e basilares, que se alteram na medida de sua tipificação ou adequação estrutural. Analisaremos, pois, que características são essas.

1.2 Características, elementos e classificações dos jogos

Huizinga (2012), em sua obra *Homo Ludens*, busca elencar, com algum êxito, quais seriam as características fundamentais dos jogos. Estas, se enumeradas, somam o total de 7 (sete). Passemos a sucinta exposição de cada uma, conforme definidos pelo aludido autor.

A primeira característica fundamental do jogo é sua *liberdade*, pois para seus jogadores trata-se de uma função dispensável que só se torna necessária na medida em que fornece contornos de rito e, portanto, assume uma função cultural, como é o caso do Direito, conforme veremos mais adiante.

Os litigantes, antes de ingressarem no âmbito jurídico, e até mesmo no seu curso, decidem se a ação em que se empenharam vale a pena ou não. A segunda característica é que o jogo é um *escape da vida real*. Proporciona uma evasão temporária para uma esfera de

atividade com regras e orientações que, além de específicas, diferem-se daquelas perpetradas no cotidiano. Essa esfera envolve os participantes (jogadores) ao ponto de arrebatá-los para uma ambientação regida por regras próprias, mas que em momento algum bloqueia sua percepção de que se trata de uma ficção, pelo contrário, reforça-se a ação de “estar jogando”.

O fórum, a sala de julgamento e até mesmo o escritório do advogado são espaços diferenciados. Nesses, certas regras devem ser seguidas para o bom andamento do jogo/processo, desde a vestimenta até o trato com os diversos funcionários/jogadores desses âmbitos.

A terceira característica coaduna com a segunda, pois elenca o jogo como *atividade temporária* com fim específico na consecução de apenas participar de sua ação. Trata-se de uma breve e muito bem demarcada interrupção do cotidiano.

Ora, quando se inicia um procedimento judicial, a única certeza que se tem é que será efêmera. Embora o judiciário, devido à imensa demanda de ações por vezes dilate o prazo de resolução de um processo, ainda sim se sabe que terá um fim e que etapas deverão ser percorridas até atingi-lo.

A quarta característica, *a limitação*, delinea os limites de espaço-tempo do jogo: define o momento de seu início e de seu fim, assim como intensifica sua distinção do “mundo comum”. Todo jogo processa-se dentro de um espaço demarcado – materialmente ou não – que configura uma espécie de âmbito sagrado para os jogadores onde valem e se respeitam certas regras; em suma, um domínio. Um domínio que gera ordem e é ordem, vez que define papéis e situações e os fiscaliza na verificação de sua obediência. Decorrente dessa característica atrela-se o conceito de repetição, pois o jogo, após proporcionar uma fuga temporária da realidade, recolhe-se como experiência válida na memória dos participantes que pode ser revisitada a qualquer instante. Basta jogar novamente.

O processo é por si só um espaço único com tempo para execução de cada procedimento, seja dos advogados, do juiz ou mesmo das partes. Não se atropela nenhuma de suas etapas. Segue-se uma ordem predeterminada e cujo registro é acessível a qualquer das partes, seja para dar-lhe seguimento ou não. Além disso, muitas ações são semelhantes, tanto na forma, andamentos, quanto pedidos. Destarte, as sentenças geram jurisprudências que orientam lides similares. É como se a mesma ação fosse revisitada, em outras palavras, uma outra partida fosse jogada.

Outra importante característica do jogo – a quinta – seria a *competição*. Talvez a mais importante das características, traduz-se nos esforços que conduzem os jogadores a solução da tensão, na aquisição de um ganho, de algo que ponha um fim ao domínio. A competição

envolve os jogadores na busca pela solução de uma questão, a fim de saciar a tensão que se instaura ante sua existência.

Todo processo instaura-se pela disputa: os litigantes disputando um bem que consideram seu por razões diversas. Essa necessidade de posse, de ter para si tal bem significará que a outra parte não o terá; ou o perderá para a primeira. Logo, instaura-se uma competição de habilidade jurídica e de oratória entre as partes, representadas pelos seus advogados, para conquistar tal “prêmio”.

A sexta característica: *as regras*. Todo jogo tem suas regras. São elas que determinam a validade das ações praticadas no âmbito limitado, efêmero e fictício do jogo. São as regras que conferem um valor axiológico ao jogo, pois definem as características necessárias aos participantes, bem como sua distinção daquele que as ignora e, portanto, não compactua do âmbito fictício estabelecido pela comunidade de jogadores, devendo ser expulso dela. Frise-se: esse “não jogador” difere-se do jogador trapaceiro. Diferente daquele, este atua na margem do âmbito fictício, esquivando-se o máximo possível da incidência das regras, embora as aceitando como legítimas, já que busca transgredi-las para se beneficiar no “mundo de jogo”.

A atuação no âmbito jurídico demanda um conhecimento mínimo de diversos códigos e leis escalonadas, conforme uma ordem preestabelecida em uma Carta Magna. Na verdade, grosso modo, tais códigos podem ser interpretados como textos instrucionais que, não apenas guardam as regras que orientam as etapas dos procedimentos jurídicos, como também as sanções para seu descumprimento. É o conhecimento prévio desses compêndios que define o “papel” de cada participante em uma lide, bem como as funções e limitações de cada.

Importante observar que os agrupamentos de jogadores, mesmo após o encerramento do jogo, terminam por se tornar perenes. A possibilidade de “ser outro” diferente do mundo real, de disfarçar-se para interpretar um personagem que pactue com as regras daquele âmbito fictício limitado e efêmero cria laços que confirmam a função social do jogo para além do mero entretenimento: ele estabelece relações humanas diversas absorvidas durante sua execução.

Nesse sentido, prediz Huizinga (2012, p. 15):

As comunidades de jogadores geralmente tendem a tornarem-se permanentes, mesmo depois de acabado o jogo [...] a sensação de estar ‘separadamente juntos’, numa situação excepcional, de partilhar algo importante, afastando-se do resto do mundo e recusando as normas habituais, conserva sua magia para além da duração de jogo.

A sétima característica é uma ampliação da quinta, pois reforça seu caráter funcional. O jogo deixa de ser apenas uma competição para revitalizar-se numa *cooperação*. Torna-se, assim, plural: abandona a singularidade da disputa entre jogadores por algo e orienta-se para a representação de busca por alguma coisa em benefício de toda comunidade de jogadores.

Não raras vezes, os litigantes recorrem a acordos que atendam a ambas as partes, ainda que não garantam a inteira aquisição do bem em disputa; operam sua partilha de maneira que os envolvidos não encerrem o procedimento sem ter recebido algum prêmio. Essa estratégia é comum em uma das etapas do processo, principalmente na seara trabalhista e visa à celeridade do mesmo. Esse também é o princípio que norteia a advocacia colaborativa, conforme se observa nos procedimentos de conciliação e mediação. Tal desdobramento mostra-se um recurso cada vez mais buscado, vez que desobstrui o procedimento de alguns entraves causados pela gama e montante de um judiciário cada vez mais inchado de ações sem previsão de andamento, quiçá solução a médio ou mesmo longo prazo.

Definidas as características fundamentais do jogo, podemos resumir e reforçar-las com as palavras de Huizinga (2012, p. 33):

[...] o jogo é uma atividade ou ocupação voluntária, exercida dentro de certos e determinados limites de tempo e de espaço, segundo regras livremente consentidas, mas absolutamente obrigatórias, dotado de um fim em si mesmo, acompanhado de um sentimento de tensão e de alegria e de uma consciência de ser diferente da 'vida cotidiana'.

Conforme enunciado anteriormente, nem todos os jogos apresentarão todas essas características e alguma, pode, inclusive, em referência a seu caráter de convenção, acrescentar nossas características, únicas, porém funcionais dentro de do âmbito que se estabelecem.

A extensão e diversidade infinitas convocadas pelos jogos dificultam, e muito, sua classificação ou mesmo enumeração. Foi Caillois, em seu ensaio *Os Jogos e Os Homens* (1990), quem melhor conseguiu traçar um quadro que, se não comporta todas as modalidades de jogos em suas idiossincrasias, ao menos lhes fornece um norte nesse sentido. Afinal, os jogos podem apresentar várias características ao mesmo tempo ou não exigir quase nenhuma. Para seu trabalho, parte do pressuposto de que pouca relevância tem se são físicos ou intelectuais e fixa-se no que se assemelham todos os jogos: a atitude do jogador. Essa atitude, não é sempre o esforço de derrotar o rival posto em iguais condições.

Assim, o autor propõe uma divisão dos jogos em que os conceitos de competição, sorte, simulacro e vertigem predominem. E os denomina com termos latinos para fugir a armadilhas linguísticas que poderiam alterar o valor semântico pretendido. São *Agôn*, *Alea*, *Mimicry* e *Ilinx*. Esses quatro grupos relacionar-se-ão a outra divisão, essa antagônica, embora

sequencial: a *paidia*, na qual imperam a diversão, e o *ludus*, que é a subordinação as regras. Passemos ao sucinto estudo desse cenário.

Agôn encerra a competição. O agente encara o jogo como um combate de oportunidades iguais, artificialmente desenvolvido, para que os oponentes se enfrentem, visando preciso e inconfundível valor ao triunfo do vencedor. O *Agôn* supõe uma habilidade e atenção contínuas, além de constante esforço de vencer; busca extrair dos agentes seus melhores recursos e a tirar o melhor proveito deles. É uma forma de mérito individual e serve para manifestá-lo. Logo, a busca por sucesso é a finalidade última do jogo, e não o prejuízo causado aos oponentes devido à derrota. Trata-se, portanto, de reafirmar a própria superioridade no domínio das sutilezas e correspondências as regras convencionadas.

A *Alea* designa todos os jogos cuja decisão independe do agente. O jogador limita-se a imposição da sorte, negando a habilidade, qualificação, treino e conhecimento. Uma troça ao mérito, conforme Caillois (1990, p.37), “O *Agôn* reivindica a responsabilidade individual, a *alea* a demissão da vontade, uma entrega ao destino”. Uma consideração interessante é que na aproximação do Direito com o jogo, perceber-se-á que ele seria um misto de *Agôn* e *Alea*, visto que não apresenta uma igualdade entre as partes do litígio e submete, não raras vezes, a decisão da questão ao elemento sorte, compreendida aqui como a vontade do julgador e ratificado pelo próprio Caillois (1990, p. 39):

Agôn e *Alea* traduzem atitudes opostas e de certa forma simétricas, mas obedecem a uma mesma lei: a criação artificial entre os jogadores das condições de igualdade absoluta que a realidade recusa aos homens. [...] O jogo, *Agôn* ou *Alea*, é, portanto uma tentativa para substituir a confusão normal da existência corrente por situações perfeitas. Tais situações são de molde a que o papel do mérito ou do azar se apresente clara e indiscutivelmente. [...] De uma ou outra maneira, evadimo-nos do mundo fazendo-o outro.

Na *Mimicry*, qualquer jogo supõe a anuência efêmera de uma ilusão ou de um âmbito particular, convencional e imaginário. Assim o jogo consistiria na interpretação de um personagem fictício e na representação de certo comportamento. É fazer crer a si mesmo e aos demais oponentes que se trata de outro ser, abdicando de suas peculiaridades em prol do fingimento de outra. Aqui também, há espaço para aproximações com o Direito. De fato, a *Mimicry* constitui situações com trajes, aberturas solenes, e conjunto das formas (palavras, gestos) utilizadas na sua consecução. Igual “encenação” manifesta-se em sessões do judiciário.

O *Ilinx*, por tratar de uma associação a vertigem e por buscar a destruição da consciência estável como um fim em si mesmo, através de uma experiência de volúpia e pânico, destoa dos moldes desse trabalho, ficando, portanto, fora da análise.

Assim, *Agôn*, *Alea* e *Mimicry*, inserem-se na *paidia* e, paulatinamente, migram para o *ludus*. É que as regras são inseparáveis do jogo a partir do momento que convencionalizado e institucionalizado. São elas que estruturam suas características fundamentais. O *ludus*, conforme exposto antes, é o ímpeto que configura e disciplina a *paidia*, “[...] surge como complemento e adestramento da *paidia* [...]”. (CAILLOIS, 1990, p. 50). Oportuniza o treino e a aquisição de dada habilidade que culminará na perícia necessária à condução de algum instrumento ou a adequada elaboração de uma solução a certo problema dentro da convenção, ou seja, do jogo.

Uma das características que influencia bastante o jogo, conforme já prenunciado anteriormente, é seu caráter competitivo. É somente por sua via que se chega ao resultado.

A competição envolve os jogadores na busca pela superação, seja em força, destreza, conhecimento ou astúcia. Essa última, aliás, cada vez mais recorrente no âmbito jurídico, quase constituindo um jogo a parte do jogo principal. Ressalve-se que, essa situação pouco importa aos jogadores, o que vale é vencer. Assim, se o resultado de um jogo for benéfico a um dos participantes, não restará pertinência para o fato de como ele foi jogado, nem o meio pelo qual foi alcançado. É Calamandrei (apud DEL CLARO, 2002, p. 193) quem afirma que “[...] o processo torna-se não outra coisa que um jogo a ser vencido”.

A competição serve, desde – e principalmente – nas culturas mais primitivas até as mais sofisticadas, para comprovar a superioridade de cada indivíduo. Engloba, portanto, a virtude, a honra, a nobreza e a glória.

Inicialmente, o Direito parece distanciar-se do jogo devido ao seu aspecto de suma seriedade. Entretanto, como já vimos, os jogadores envolvidos no âmbito do jogo o fazem com intenso rigor. É pelo viés da competição que se aproximam Direito e jogo. Conforme enunciado por Huizinga (2012, p. 88) “o espaço de ministração da justiça equipara-se a um lugar sagrado, distinto e distante do mundo comum”. O processo evoca um julgamento que se desdobra em jogo de azar, batalha verbal ou competição. O próprio conceito de julgamento remete ao de ordálio, júízo divino, o que o insere em um âmbito específico, diferente do comum. O resultado do julgamento, a sentença, advém desse jogo.

Quando os juízes vestem sua toga e assumem sua posição central dentro do tribunal, abandonam o mundo comum para inserir-se no âmbito do mundo especial do judiciário. O mesmo vale para o advogado e seu terno e gravata. É como se usasse uma fantasia a fim de se transformar em outro ser. Um ser capaz de atuar nesse novo espaço. Um jogador.

Vale lembrar que o resultado de um jogo só tem interesse para os que com ele se envolvem. A importância de ganhar relaciona-se com a essência do jogo; e ganhar representa

a manifestação de superioridade de um determinado jogador sobre outro. Dessa manifestação, decorre a conquista de um prêmio após certo resultado (um *pay-off*, conforme a *Teoria dos Jogos*, que abordaremos mais adiante).

Os homens entram em competições e defrontam-se de diversas formas: com armas, punhos, razão e até mesmo a astúcia. Interessante frisar esse último, pois a superação do outro, por meio da astúcia, tende a se tornar a própria razão de ser da contenda e encontra amplo respaldo na mitologia: as trapaças de Loki, os esquemas de Odisseu e as próprias peripécias de Hermes².

A busca pelo melhor prêmio (ou *pay-off*) de uma competição influencia o curso da natureza para além do mundo do jogo. Serve para dar provas da superioridade de uns sobre os outros, dessa forma:

Queremos ser honrados por nossas virtudes, queremos a satisfação de ter realizado corretamente alguma coisa. Realizar corretamente uma coisa equivale realiza-la melhor que os outros. Atingir a perfeição implica que seja mostrada aos outros para merecer o reconhecimento. (HUIZINGA, 2012, p.72).

Na tentativa de traçar uma proximidade entre o Direito e o jogo, proposta por esse trabalho, o conceito de competição é fundamental. Afinal, em todo e qualquer processo que se apresenta ante um juiz, independente das peculiaridades, terá as partes tomadas por uma irresistível vontade de ganhar a causa. Quem diz competição, diz jogo, e o lúdico conduz a um ambiente apartado da sociedade. Um âmbito próprio. Esse espaço sagrado e separado do

² A figura de Loki é ambígua, numa hora ele ajuda os deuses, em outra ele lhe traz problemas, como visto na história da construção das muralhas de Asgard e o surgimento de Sleipnir, ou quando convence Iduna (a guardiã das maçãs do rejuvenescimento – responsáveis por manter a juventude dos deuses até o Ragnarok) até um bosque proporcionando seu rapto – e das maçãs – pelo gigante Tjazi, apenas para resgatá-la depois e parecer heroico para os demais deuses. Também, para evitar a vingança da gigante Skadi – filha de Tjazi ludibriada por um truque que a fez escolher como marido Njord no lugar do belo Balder, Loki comprometeu-se por fazê-la sorrir (a gigante era conhecida pelo mau humor). Proeza que conseguiu ao amarrar uma corda em suas partes baixas e atá-la a um bode de maneira a gemer sempre que o mesmo caminhava.

Odisseu ou Ulisses foi um herói da guerra de Troia. Rei de Ítaca indicou Menelau como pretendente de Helena e daí surgiu a amizade com Menelau e Agamemnon. Casou-se com Penélope e teve um filho, mas logo partiu para lutar ao lado dos nobres em Tróia. Foi um dos elementos mais atuantes no cerco de Tróia, destacando por sua prudência e astúcia.

O mito de Ulisses com Polifemo mostra a vitória da razão contra a força física. Apesar da grande diferença de tamanho: Polifemo era um gigante e Ulisses e seus companheiros eram à sua frente apenas seres humanos indefesos. A razão e inteligência de Ulisses garantiram a sua sobrevivência e de seus amigos.

Hermes, deus dos viajantes, protetor da magia e da adivinhação, responsável pelos golpes de sorte e pelas súbitas mudanças de vida, patrono dos ladrões e dos trapaceiros, era filho de Zeus e da misteriosa Ninfa Maia, a mais jovem das Plêiades, também chamada de noite. Chamado de trapaceiro por sua ambiguidade, ao mesmo tempo era mensageiro dos deuses e também fiel mensageiro do mundo das trevas. Ainda muito pequeno Hermes conseguiu sair do berço, roubou um rebanho de seu irmão Apolo, criou o fogo e assou duas reses. (BULFINCH, 2006).

mundo vulgar, que no caso do Direito, chamamos de processo, é um lugar onde se ministra justiça. Os juízes que ministrarão a justiça abandonam o mundo comum no momento em que põem a toga; transformam-se em outro ser: um jogador, que conduzirá a competição (caso) na presença dos demais jogadores (advogados).

Por seu turno, Robles (2011), também escreve sobre as características dos jogos. Nomeia-os elementos assim como considera o jogo um âmbito-ôntico prático, ou seja, um campo de atividades relacionadas ao contato e conhecimento do mundo prático. Em sua visão, o jogo – e também o Direito – seriam convenções que demandariam elementos específicos para sua estruturação. Seriam eles o espaço, o tempo, os sujeitos da ação, a competência dos sujeitos e o procedimento da ação.

O espaço, como em Huizinga (2012), mantém-se como elemento indispensável ao jogo, embora, se deslocado para o Direito destaca certa propensão a desdobramentos mais complexos, dada sua divisão em territórios de atuação e delimitação de fronteiras de abrangência.

O tempo, como o espaço, também se reitera como essencial, ainda que em destaque daquele que anuncia o início do jogo e, novamente, no caso do Direito avista-se no ordenamento jurídico uma regulação interna específica do limite temporal. Contudo, ambos apontam para a impossibilidade de se fixar um momento temporal que lhes porá fim, seja porque não se acordaram condições para seu fim, seja pela substituição, interminável, de um agente pelo outro.

Os sujeitos da ação seriam os jogadores, que só receberiam tal título enquanto dentro do espaço-tempo do jogo e atuando ativamente como agente na sua promoção. Surge aqui, o conceito de transitividade do jogador. O agente pode alterar seus status dentro do jogo, ou seja, pode manter diversas formas de ser dentro do âmbito do jogo, conquanto que não sejam simultâneas.

Assim, também o é no Direito, o outrora acusado, pode vir a se tornar o ofendido. Aprofundando um pouco mais, Robles (2011) chama a atenção para o fato de o ordenamento jurídico limitar as condições em que um sujeito pode atuar. Aquilo que chamamos de capacidade jurídica e capacidade de exercício. A primeira enseja a garantia de poder agir, mesmo que não o faça, a segunda a forma como se dará a atuação.

A competência dos sujeitos aponta para a capacidade inerente de realizar uma ação. A competência estabelece uma intrincada rede de atribuições aos sujeitos jogadores. Nesse ponto, jogo e Direito são indiferentes, assim:

Não há dúvida de que o Direito representa um âmbito sumamente complexo, no qual se dá uma complicada rede de funções e, por conseguinte, de competências, mas se prescindimos desta diferença, que afeta principalmente a “divisão de trabalho” dentro do âmbito e à hierarquia em que se estrutura o sistema competencial, pode-se dizer que a análise conceitual da competência é equivalente nos jogos e no Direito. (ROBLES, 2011, p. 54).

Cabe aqui uma diferença entre dois grupos de competência, a descritiva – que consiste na capacidade de realizar a ação do jogo – e a valorativa, referente à virtude que tal jogador apresenta por ser muito habilidoso. Que pese, a competência descritiva antecede a valorativa. Se estendermos essa perspectiva, teremos que a competência, assim como o jogo (e o Direito) também são convenções, já que o agente competente recebe o poder de excluir todos os demais, que não sejam ele, da possibilidade de um agir específico, que é só seu. Dessa forma, o poder de agir, tido aqui como manifestação do conjunto de possibilidades de ação concreta, encabeça a definição de agente, jogador. Deve-se agir para efetivar esse poder e seus desdobramentos. Postura que o âmbito não só lhe confere como exige.

Relacionada à estratégia, a competência se mostra como o fim exitoso dessa. E balizada com a tomada de decisões – intrínsecas a qualquer jogo – verifica-se que sua determinação difere-se de sua execução, pois quem tem competência para o primeiro pode não o ter para a segunda. Vejamos o caso do Direito, na sua ramificação penalista, em que o juízo que decide o litígio não orienta sua execução.

Abordar assim uma competência total seria assumir o âmbito do jogo como um conjunto de competências: possibilidades e necessidades de ação. Já a capacidade de exercício evidencia os limites da ação que o agente pode efetuar se interessado em efetivá-las no âmbito, seja o do jogo ou do Direito. O procedimento para se realizar uma ação é o próprio ato de agir. Cabe aqui, oportunamente, breve distinção entre ação, ato e atividade. Ação é um ato ou conjunto de atos considerados em sua unidade. O ato subordina-se a ação, constitui-se, portanto parte dessa. Já a atividade é um conjunto de ações comuns. O resultado de uma ação não se confunde com a consequência da ação. O resultado é inerente à ação, e a consequência efeito do resultado.

Por fim, e não menos importante, o procedimento da ação impõe um limite à liberdade dos agentes envolvidos na ação no âmbito do jogo, contido, confere a possibilidade de liberdade. É o que afirma Robles (2011, p. 81):

[...] ainda que o procedimento seja a negação da liberdade, ele a torna, no entanto, possível. [...] Quem é o sujeito e está atuando não é livre com relação a não cumprir o procedimento, já que este constitui um elemento necessário do âmbito, mas sim é livre dentro do procedimento, na medida em que este assim o permita. [...] Mas tenha-se presente que no jogo a liberdade apenas é possível porque há jogo, isto é,

porque há – entre outras coisas – procedimento. Se não houvesse procedimento não haveria tampouco jogo, e muito menos seria possível a liberdade no jogo.

Nessa linha, entende-se o procedimento como uma conduta exigida para se realizar o jogo. Vejamos como se estreitam ainda mais as distâncias entre essa dicotomia recorrendo a *Teoria dos Jogos*.

1.3 Teoria dos jogos

A teoria dos jogos é um método utilizado para demonstrar e compreender as decisões tomadas por agentes que interagem entre si e que determina um meio para a adoção da melhor escolha de interação estratégica. É por seu intermédio que chegaremos ao direito enquanto jogo. Antecipamos observação de Bêni (2004, p. 13), que nos permitiu traçar as nuances do presente trabalho:

Interessa-nos a situação em que há interação entre agentes, sendo que a ação de alguns influencia o bem-estar dos demais, e vice-versa. Devemos tentar compreender o ponto de vista do oponente, não subestimar seu grau de racionalidade e, supondo-o racional, tentar antever sua reação a nossa ação. Trata-se de situações de interação entre dois indivíduos (ou grupos de indivíduos, ou mesmo três ou mais indivíduos), com interesses divergentes, mas não necessariamente opostos. [...] O destino de um agente depende tanto de sua própria ação quanto da ação do outro agente. [...] Vamos dizer que o objetivo dos jogadores consiste em obter a maior recompensa associada à ocorrência de determinado resultado.

Assim, a teoria dos jogos tem como premissa, representar, classificar e delinear processos decisórios. Os principais componentes para o estabelecimento de um âmbito de jogo estratégico recaem sobre a definição de quem são os jogadores, quais são suas estratégias e *pay-offs* (recompensas). Destarte, os jogos relacionados à sorte, excluem-se do presente trabalho.

Na teoria dos jogos, a estruturação do jogo deve obedecer a regras claras e convencionadas, das quais decorrerá a determinação de escolhas e resultados possíveis. Cabe lembrar que, por se tratar de interações entre agentes, cada ente envolvido no âmbito do jogo considera a decisão do outro jogador na consecução dos próprios resultados. Assim, a existência de uma escolha racional antevê a ausência de outros fatores extrínsecos ao âmbito do jogo, como emoção, valores éticos, crenças etc.

Um dos preceitos basilares dessa teoria reside na capacidade de previsão do movimento dos demais agentes, independente se aliados ou rivais, e de se posicionar taticamente de maneira a potencializar a aquisição de benefícios e alcançar uma meta previamente determinada.

Para melhor compreensão da Teoria dos Jogos, segue uma importante classificação dos jogos estratégicos.

No tocante aos resultados adquiridos, um jogo pode ser de *soma zero* ou *soma não-zero*. No primeiro, o jogador ganha aquilo que o outro perde, enquanto que no segundo, é possível que dois ou mais jogadores, simultaneamente, ganhem ou percam, ou seja, havendo ganho, o resultado será positivo, senão negativo. Frise-se que, os jogos de modalidade *soma não-zero*, há a possibilidade do surgimento da cooperação.

Quanto ao modo de interação, os jogos podem ser *cooperativos* ou *não cooperativos*. Se o resultado do jogo for positivo a apenas um dos agentes, tem-se a não cooperação. Caso o resultado seja favorável apenas na possibilidade de os jogadores agirem de forma colaborativa, teremos o jogo cooperativo.

O número de interações pode ser *estático*, se ocorre apenas uma interação entre os agentes, ou *dinâmico*, se existirem mais de uma. Em relação ao movimento, o jogo pode ser *simultâneo* ou *sequencial*. Será *simultâneo* quando os jogadores demarcam suas ações ao mesmo tempo, proporcionando o conhecimento de sua escolha ao outro agente. De outra sorte, será *sequencial*, quando o movimento for realizado seguindo uma ordem predeterminada. Nesse caso os agentes possuem conhecimento daquilo que ocorreu no jogo no momento anterior a sua escolha.

O conteúdo da estrutura dos jogos pode ser de *informação completa* ou *incompleta*, conforme o grau de conhecimento do agente sobre aquela. Jogos de *informação completa* fornecem ao agente toda informação necessária para que escolha sua jogada, que será feita concomitante a do outro agente. Nos jogos de *informação incompleta*, não se conhece, antecipadamente, as peculiaridades do outro agente, menos ainda os resultados possíveis.

Em tempo, essas informações podem ser *perfeitas* ou *imperfeitas*. Quando os agentes, antes de efetivarem suas escolhas, têm conhecimento total do percurso do jogo, tem-se um jogo de *informação perfeita*. Caso contrário, quando não há a possibilidade de os agentes, no momento de suas escolhas, conhecer o histórico do jogo ter-se-á um jogo de *informação imperfeita*.

As classificações acima delineadas aceitam combinações, tanto quanto forem necessárias conforme a convenção adotada. Nesse aspecto, os jogos seriam assim classificados como qualquer maneira de interação encabeçada por participantes na busca da satisfação de suas necessidades e cujas decisões afetam as reações dos demais, ocorrendo previsão dos resultados ante a imposição certa de regras.

2 Linguagem, jogo e Direito

A linguagem, embora não seja uma das características do jogo, mantém com ele uma relação interessante. A linguagem fraciona e diminui o conceito de jogo ao limitar sua significação a alguma de suas características, como se o jogo fosse apenas tensão, espaço de evasão ou somente uma competição. A linguagem desconsidera a autonomia do jogo por opô-lo a seriedade. Ressalte-se que o jogo distancia-se dessa proposição, pois embora a seriedade contraponha-se ao jogo no seu sentido de divertimento, o jogo, por seu turno, pode facilmente englobá-la e inseri-la como um elemento constitutivo de si, sendo, assim, mais amplo que a própria.

A linguagem exerce, então, uma função constitutiva para o jogo: ela tipifica-o, nomeia, apresenta suas regras, define seus limites, orienta sua ação, prenuncia seu encerramento e revela seu resultado. A linguagem possibilita o jogo e a inter-relação dos jogadores. Também insere o jogo como um elemento criador de cultura, vez que muito desta é desenvolvido através da imersão num âmbito com as mesmas características do jogo.

É a linguagem que evidencia o quanto de envolvimento, conhecimento, destreza e audácia o jogo demanda. A tensão que exerce entre os jogadores também é escalonada. E, novamente, é através da linguagem que se manifesta. Ela manifesta a vontade de “ganhar” determinado jogo, de provar a superioridade contra o adversário.

O jogo, através da linguagem, fundamenta a cultura. Logo, poder-se-ia afirmar que a cultura é de certa forma, oriunda do jogo. Nesse sentido, “[...] o jogo é anterior à cultura; e, em certo sentido, é também superior, ou pelo menos autônomo em relação a ela [...] em sua fase mais primitiva a cultura possui um caráter lúdico, que ela processa segundo as formas e no ambiente do jogo”. (HUIZINGA, 2012, p. 23 e 54).

A caça, por exemplo, atividade necessária à sobrevivência de uma aldeia (em algumas sociedades primitivas), compreende uma livre competição com determinado tempo de duração, limitado a um espaço finito visando como resultado um prêmio, que é aquisição da maior presa e, assim, conquista de maior prestígio na dita sociedade. Nela, os aldeões incorporam regras específicas sobre o que se deve caçar, como e com quais ferramentas, por quanto tempo ou até onde se pode afastar da aldeia; além do tipo de mérito que lhes serão conferidos ao fim da “partida”. Tudo características do jogo.

No Direito não é diferente. Basta trocar “caça” por “processo” e modificar a atividade para uma disputa de um bem entre as partes envolvidas na questão e cujo prêmio será a posse (ou manutenção) desse mesmo bem e tem-se o Direito como um jogo.

Portanto, para se estreitar as distâncias entre os jogos e o Direito é assumir o seu caráter sistemático de proposições jurídicas distintas (construções linguísticas) das quais as

normas são uma categoria de regras. O jogo aproxima-se melhor e, portanto, mais intensamente do Direito no aspecto linguístico, vez que esse é responsável pelas regras de ambos. Tramitar por essa construção demandaria descobrir o sentido dessas proposições. Um esforço dogmático visando à constatação do lúdico no Direito pelo viés da linguagem.

O jogo é um campo de atividade relacionado ao espaço e conhecimento do mundo prático. Por isso, o jogo só pode ser analisado e manifesto através da linguagem. Sua definição independe de sua causa ou efeitos; tampouco a estratégia empregada. Essa apenas antecipa os contornos do jogo, ou seja, a constituição de suas regras.

Podem-se dividir as regras em dois tipos básicos: as necessárias e não necessárias. Aquelas estão intrinsecamente relacionadas à definição do jogo e estas ao seu controle, através da taxação de infrações. Nesse segundo grupo é que se enquadram as normas. Elas direcionam-se aos jogadores no afã de convencê-los a respeitar um jogo honesto, limpo, sem trapagens.

O jogo é, para além de suas regras, uma convenção. Um acordo de vontades entre as partes envolvidas na promoção de sua execução. Ressalve-se, contudo, que a existência do jogo em si não se limita a sua facticidade. Nesse sentido, Robles (2011, p. 29) define o jogo como um âmbito ôntico-prático:

A convenção criadora de um determinado âmbito ôntico-prático é o resultado de uma decisão ou de um conjunto de decisões. Em virtude da decisão se estabelece em que coordenadas espaço-temporais se jogará um determinado jogo, e também quem realizará, e como, ação constitutiva do jogo.

Assim, é somente a partir da convenção que se pode falar da existência de um jogo, cujas características e ação desenvolver-se-ão da maneira combinada, caso os participantes de tal âmbito resolvam jogá-lo. A ação combinada, esse acordo entre os participantes, encerra a última etapa de uma convenção. Cabe aqui, uma distinção entre dois tipos de decisões: extrassistemáticas e intrassistemáticas. A primeira cria a convenção que estabelece os pré-requisitos para a manifestação da segunda. Reforçando que decisão também se distingue daquilo que é decidido, pois esse é a manifestação daquela pelo viés da linguagem.

Os elementos que compõem todo jogo aproximam-se das características já comentadas. São eles: o espaço (delimitação do campo de ação), o tempo (delimitação do começo e fim do jogo), jogadores (sujeitos da ação cuja atuação de fato se dá apenas no próprio terreno de jogo), competências (atribuições dos jogadores na execução do jogo).

Em relação à competência há de se destacar que sua função precípua é a atribuição de funções aos jogadores. É essa distribuição que permite o jogo estruturar-se como um sistema.

Por seu turno, competência relaciona-se tanto com a realização de uma ação como com a habilidade que um jogador demonstra na execução da mesma. Jogadores competentes são únicos, ou seja, a existência de sua competência estabelece uma distinção entre eles e outros que, por conseguinte, não serão considerados jogadores. Note-se que aqui se fala da competência desprovida de seu sentido axiológico. De outra forma, o poder de ser jogador decorre da execução necessária de se jogar. Essa “potência” prescinde um dever de agir (jogar!) para se efetivar, no espaço do jogo, todas as possibilidades que disponibiliza. Um jogador pode acumular diferentes competências em um mesmo jogo, conquanto isso esteja convencionado. Um jogador traça, para fins de materialização de sua competência, uma estratégia para alcançar suas metas. A estratégia prima pelo êxito da ação outorgada a um jogador pela competência. É através dela que os jogadores atingem as metas que estabelecem. Nesse sentido, é possível inserir a estratégia como uma característica do jogo.

Outros dois conceitos que poderiam ser considerados características dos jogos, e que dividem a ação deste em dois momentos distintos, são a decisão e a execução.

A decisão prescinde a convenção e determina os limites espaço-temporais da manifestação dos jogos, bem como quem serão seus agentes e as limitações que lhe serão impostas. Não se pode falar em convenção – seja jogo ou Direito – antes da decisão que a cria. É somente após seu estabelecimento que se vislumbra o surgimento de um âmbito no qual os jogadores participarão, é, portanto, a etapa final da constituição da convenção.

Robles (2011) considera a convenção como sistema e aponta para uma distinção entre decisão extrassistemática e intrassistemática. A decisão extrassistemática produziria o sistema e determinaria as condições iminentes para se atuar em seu âmbito, a intrassistemática operaria dentro desse sistema.

Acrescenta ainda que as decisões intrassistemáticas classificam-se em iminentes (típicas) e dirimentes (solucionadoras de conflitos oriundos da ação). Confrontadas com o Direito, percebe-se claramente que no ordenamento jurídico, depois de convencionado, ou seja, após a realização de uma decisão extrassistemática que cria o ordenamento, aparecem decisões intrassistemáticas, responsáveis pelo seu revigoramento e resolução de conflitos. Assim, pode-se afirmar que o Direito, enquanto convenção recria-se através de decisões dirimentes, conforme se observa no estabelecimento de julgados, jurisprudências, súmulas enunciados etc. Embora se adote, para efeito de estudos do Direito, uma postura diacrônica, seria esse mesmo Direito um jogo sincrônico, e, portanto, dinâmico, pois embora o próprio Robles (2011, p. 33) observe que “Nos jogos as decisões iminentes não alteram a estrutura do

jogo senão que simplesmente a aplicam, enquanto que as decisões dirimentes possuem escasso destaque” conclui-se que (no Direito):

[...] as decisões jurídicas imanentes, que produzem a ação típica, não apenas dão lugar a atos jurídicos que possam ser considerados como resultado da convenção preexistente, senão que muitos desses atos têm caráter criador de novas regras, as quais não apenas completam o sistema mas, em ocasiões, o modificam ou o extinguem. (ROBLES, 2011, p. 34-35).

O jogo aproxima-se melhor, e mais intensamente do Direito no aspecto linguístico: responsável pela enunciação das regras de ambos. Assim, o que um jogo representa ou o que o define, só pode ser percebido e determinado de acordo com o método linguístico. Se o jogo e Direito são convenções e o acordado que lhes deu origem é linguagem, e como não se pode acordar senão por ela, tanto um quanto outro pode ser “[...] entendido como um conjunto de proposições linguísticas às quais denominamos regras. A tarefa da investigação formal das regras e do sistema que compõem corresponde ao método lógico-linguístico”. (ROBLES, 2011, p. 23). Como não se pode pensar um jogo sem regras, todo jogo possuiria nessas, então, uma dimensão linguística inconfundível.

Jogo e Direito resumem-se então a um sistema de ação regido por regras. Regras são sentenças linguísticas que dirigem e orientam a ação dos homens. Robles (2011) as entende como proposições e traça uma distinção entre regras técnicas, normas e delinea as ônticas.

As regras técnicas demandam a necessidade de um comportamento específico cujo núcleo orienta-se pela expressão “ter que”, ao passo que a norma exige um comportamento, não como necessário, mas como devido, e tendo o verbo “dever” como base nuclear.

As regras ônticas, de acordo com Robles (2011), aproximar-se-iam mais das ideias abordadas nesse trabalho por, não apenas reunir parcelas das outras duas, técnicas e normas, como também por se enquadrarem como proposições criadoras das condições necessárias a realização de uma ação. Ora, toda ação pressupõe um comando de agir, uma combinação de movimentos e que só tem sentido se inserida no espaço específico a que pertence. Dessa forma, as regras regulam (orientam) os elementos essenciais e, ora convencioneados, que possibilitam a ação (seja do jogo ou do Direito).

Logo, as regras não definiriam, prescreveriam ou explicariam a ação. Podem fazê-lo em relação a sua tipologia, não quanto a sua essência. As regras relacionadas aos jogos (e ao Direito) são proposições práticas entrelaçadas que advém daquilo que foi estabelecido na convenção. Tanto os orientam como dirigem.

Ratifica Robles (2011, p.108):

As diversas regras, consideradas separadamente, não possuem elementos comuns que as façam reconhecer, consideradas isoladamente, (...). Somente integrando-as como partes (...) intimamente entrelaçadas e concatenadas, entenderemos o que é comum a todas elas: sua função, que não é outra senão a do âmbito considerado como um todo.

Conclui o autor que a referida função deve ser entendida em relação com a internalidade do sistema a que se refere, já que vincula o sistema e suas regras com o objeto próprio do mesmo: “[...] pode-se afirmar que, [...] a função do jogo é jogar, ou seja, realizar ações de jogo; da mesma forma que a função do Direito é realizar ações jurídicas, condutas jurídicas”. (ROBLES, 2011, p. 109).

Portanto, qualquer âmbito evidencia, através de suas regras, os elementos que são imprescindíveis às ações, bem como o procedimento para concretizá-las. Necessita, então, de interpretação que só é possível se as regras forem compreendidas como proposições práticas carentes de interpretação (linguística) e da qual se extrairá significado para o discurso que integram.

3 Esboço de uma Teoria do Jogo do Direito

Na tentativa de elaborar uma Teoria do Jogo do Direito, partiremos da premissa de que o processo é uma simulação em busca de um resultado. Um combate entre litigantes em suposta igualdade de condições. Discordaremos, parcialmente, de Caillois (1990), no que tange sua definição do processo como um jogo complexo que envolveria três de seus quatro elementos básicos: *Agôn*, *Mimicry* e *Alea*, pois a presença deste último é muito restrita a situações pontuais, já que, embora se possa contar com a sorte (e o acaso) na progressão da prestação jurisdicional, essa por si só não garante a concretude do processo, dado seu caráter antitético de ordem e procedimento.

Portanto, o processo teria como preponderante tanto os elementos *Mimicry* quanto o *Agôn* em detrimento de *Alea*. Como os lances processuais são dependentes do *Agôn* (aqui manifesto como finalidade do jogo em busca de uma vitória) em um ambiente fictício (*Mimicry*) criado para tal fim, não seria forçoso caracterizar o processo (e assim o Direito) como um jogo que evidencia um meio simulado para a consecução de um resultado cujo prêmio é a vitória.

Tanto por influência do *Mimicry* quanto do *Agôn*, percebe-se que o processo apresenta um roteiro de procedimento de (pelo menos) duas propostas distintas (uma para cada parte litigante) que serão submetidas ao crivo do magistrado, entendido com narrador privilegiado.

No caso do elemento *Mimicry*, tem-se no processo uma segunda realidade, um ambiente fechado que extirpa de si toda manifestação particular não afeta ao “mundo

jurídico”, ou seja, como o jogo, proporciona a evasão da vida real para um espaço fechado (o fórum e os autos) e temporalmente limitado (a exordial e a coisa julgada).

Apesar de Robles (2011) esquivar-se da definição do Direito como um jogo, devido ao distanciamento do ordenamento jurídico pela ausência de seriedade, há semelhanças com sua estrutura e características. Aproximam-se e entrelaçam-se, conforme visto, pela linguagem e pela necessidade de estratégia. Becker (2012, p. 151) extrai dos estudos de Foucault uma tímida aproximação: “Assim, é forçoso reconhecer que o processo civil se orienta pelo agir estratégico. Vale dizer, por uma racionalidade voltada a consecução de um objetivo, à obtenção de uma vantagem, de uma vitória sobre o adversário”.

Tais conjecturas encontram respaldo no próprio Caillois (1990, p. 13):

O direito insere-se, incontestavelmente, nessa categoria [instituição que comanda a sociedade, a disciplina, contribui para a sua glória e deriva do espírito do jogo]: o código enuncia a regra do jogo social, a jurisprudência estende-a aos casos litigiosos e a instrução dos processos define a sucessão e a regularidade das jogadas. São tomadas precauções para que tudo se passe com a clareza, a precisão, a pureza e a imparcialidade de um jogo. Os debates são conduzidos e o julgamento tem lugar num recinto de justiça, segundo um cerimonial invariável, que não deixa de lembrar, respectivamente, o espaço consagrado do jogo [...] a barreira absoluta que o deve separar do espaço restante, enquanto durar a partida ou a audiência e, finalmente, o caráter inflexível e essencialmente formal das regras em vigor.

Calamandrei (apud DEL CLARO, 2002, p. 193-195) já destacara a relevância da linguagem no pareamento do processo com os jogos. Preconizara que o processo seria uma série de atos entrecruzados, cuja correspondência é verificada nos mesmos movimentos de um jogo. Um jogo de perguntas e respostas, robustecido com réplicas, tréplicas, ações e reações, cuja progressão suscitaria a cada rodada contrarreações. Para o autor, o debate judicial seria uma representação (*Mimicry?*) bélica, na qual o juiz, diante da alternância dos atos processuais entre os litigantes, assumiria o papel de árbitro campal. Nessa partida, a disputa de armas torna-se dialética e a retórica, e triunfa aquele que melhor souber empregar seus argumentos na persuasão racional do juiz.

Nesse ínterim, caberia também, indiscutivelmente, a aplicação da noção de estratégia, pois aquele que, nesse jogo, melhor elaborar seus movimentos, antever os de seu adversário e aplicar suas táticas argumentativas, logrará êxito. É esse direcionamento estratégico que convergirá o processo, assim como em um jogo, na obtenção de uma vantagem, de uma vitória sobre o adversário.

Concordamos com Calamandrei (apud DEL CLARO, 2002, p. 195) no sentido que:

O processo é constituído, assim, de um cerrado suceder-se de chances, alternadamente ofertadas a uma ou a outra parte: quem não souber prever as chances favoráveis que um seu movimento imprudente possa dar ao adversário, quem não

sabe servir-se num bom momento das chances que o adversário lhe oferece, corre o risco de perder a causa.

As características do jogo estariam então presentes no processo. Destaque para a presença de regras e a instauração de um âmbito especial para sua realização. Dessa forma, e compreendendo, processo e jogo, como atividades que em seu íntimo prestam obediência a ritos, podendo ser enquadrados como rituais (embora suas execuções se conduzam de formas específicas), ambos são estabelecidos por regras que lhe são inerentes e não só refletem como reforçam suas similitudes. Logo, não importa se jogo ou processo (Direito), haverá a transposição do mundo real para um mundo fictício. Terrin (apud BECKER, 2012, p. 158) preconizou que “quem realiza o rito não o vê em perspectiva, mas o vive em plenitude, assim como quem joga um jogo identifica-se com o jogo, com suas regras, e se deixa simplesmente transportar para outro mundo”. Esse mesmo autor é quem determina que as regras têm uma função tanto constitutiva quanto reguladora. É a regra de que jogadores de um jogo de futebol não podem usar as mãos para manusear a bola, ou a de que os advogados devem cumprir o prazo de seus atos que validam a ordem própria de suas atividades.

Empregando as diretrizes da Teoria dos Jogos, torna-se patente a classificação do Direito (e do processo) como um jogo de soma zero, competitivo, dinâmico, sequencial de informação incompleta e perfeita, ou seja, os litigantes ganham o que o outro perde em uma disputa que demanda várias interações (postulação das partes, produção de provas, audiência de instrução, julgamento etc.), cujo histórico é disponível, embora as particularidades dos contendores e o resultado não o sejam.

Delineando o processo como jogo, teríamos ainda que os agentes dividir-se-iam em dois tipos: julgadores e jogadores. Os primeiros seriam o juiz e os desembargadores, os demais o autor e o réu. O contraditório representaria então a interação de ambos através das provas e demais elementos utilizados no livre convencimento do julgador.

Por fim, completaria o quadro do “jogo do Direito” a estratégia de cada jogador (nada mais que o emprego circunstancial dos resultados parciais das interações com outros jogadores), as táticas das jogadas (manifestação do plano estratégico no âmago do jogo/processo, ou seja, os movimentos perpetrados em cada rodada) e, por fim, mas não menos importante, os *pay-offs* de cada agente mediante a tríade (jogador, estratégia e tática) representada.

Conclusão

A aproximação do jogo e do Direito perfaz-se pelo viés da linguagem. O presente trabalho esboçou o caminho a ser percorrido na eliminação das barreiras impostas entre esses institutos humanos.

Buscamos demonstrar qual era a definição de jogo, traçar sua composição e compreender seus principais elementos e classificações. Visitamos alguns trabalhos de teóricos que já haviam percebido ou sugerido tal aproximação entre o jogo e o Direito. Introduzimos a Teoria dos Jogos para maior esclarecimento da questão pretendida e, por fim, tentamos diminuir as distâncias entre tais institutos.

Jogo e Direito estão mais interligados do que admitiriam os estudiosos desse último. Entretanto, não só evidenciamos o processo como uma simulação em um ambiente convencionado e orientado por regras (aqui entendidas como proposições práticas), cuja interação entre as partes visa à conquista de uma vantagem, como também, esclarecemos algumas questões inerentes ao estudo dos jogos e suas peculiaridades. Tudo no anseio de esboçar uma Teoria dos Jogos do Direito.

Dessa forma, a compreensão do jogo, seus elementos constituintes e suas características, bem como os estudos acerca da Teoria dos Jogos foram fundamentais para incluir o Direito como uma modalidade, senão um tipo de jogo. Um jogo do Direito.

Um jogo com particularidades e cuja execução demanda requisitos, mas ainda assim um jogo. E, reiteramos: classificado, com base nos teóricos e teorias visitadas nesse trabalho, como um jogo de soma zero, competitivo, dinâmico, sequencial de informação incompleta e perfeita, no qual os agentes se dividem em julgadores e jogadores numa interação em que estes traçariam estratégias e empregariam suas táticas no afã de adquirir *pay-offs* vantajosos através do contraditório na tentativa do livre convencimento daquele.

É evidente que diferenças entre o jogo e o Direito existem (Robles e Huizinga as destacaram bem em suas obras). Ademais, ocorrem momentos no Direito que não se comunicam com o presente esboço (ou até o façam, dadas as devidas alterações), como é o caso da mediação e da advocacia colaborativa. Resta claro, portanto, que não se tratam de institutos equivalentes, contudo plausíveis de grande aproximação.

Portanto, não buscamos limitar ou findar a questão entre jogo e Direito. Pelo contrário, muito ainda precisa ser discutido para se propor um pareamento definitivo entre ambos.

O que se pretendeu e, acreditamos ter alcançado, foi o delineamento de um esboço que vislumbrasse tal dicotomia; e que também abra caminho para novos e profícuos estudos

acerca dos jogos e do Direito, quem sabe, para além da modéstia, até mesmo da elaboração definitiva de uma de uma Teoria dos jogos do Direito.

REFERÊNCIAS

BECKER, L.A. A Erosão do Sagrado Processual. In: BECKER, L.A. (Org.). **Qual é o jogo do processo?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

BÊRNI, Duilio de Ávila. **Teoria dos jogos: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão**. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2004.

BULFINCH, Thomas. O livro de ouro da mitologia: histórias de deuses e heróis. Tradução Luciano Alves Meira. São Paulo: Martin Claret, 2006. (Coleção a obra-prima de cada autor. Série ouro; 45).

CAILLOIS, Roger. **Os Jogos e os Homens**. Lisboa: Cotovia, 1990.

CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. Tradução Roberto B. Del Claro. **Revista de Direito Processual Civil Gênesis**, Curitiba, ano.7, n. 23, p.208, Jan./Mar. 2002.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. Introdução à Teoria dos Jogos no Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 15, n. 59, p. 213-234, Abr./Jun. 2007.

HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens: o jogo como elemento da cultura**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.

ROBLES, Gregório. **As Regras do Direito e As Regras dos Jogos – Ensaio Sobre a Teoria Analítica do Direito**. São Paulo: Noeses, 2011.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.