

A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA *TEORIA X PRÁTICA* ANALISADA SOB A ÓTICA DA (IN)EFICÁCIA E (DES)LEGITIMIDADE DO FENÔMENO JURÍDICO

ANDRÉ KABKE BAINY¹; GUILHERME CAMARGO MASSAÚ²

¹ Universidade Federal de Pelotas – Faculdade de Direito – andrebainy@hotmail.com

² Universidade Federal de Pelotas – Faculdade de Direito – uassam@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A despeito de o direito ser visto por muitos com olhos de desencanto, não raras as vezes o mesmo ressurge como o instrumento de maior credibilidade social para o alcance de fins em comum. Dessa forma, acaba por ganhar o status, no imaginário social, de ser a única saída para problemas urgentes e profundos da sociedade complexa moderna.

Todavia, nem mesmo esses corriqueiros “renascimentos” de esperança quanto ao fenômeno jurídico, - e, por conseguinte, quanto a todo o processo de adaptação social e pacificação das relações que dele se espera -, são capazes de afastar a cada vez mais evidente crise vivida pelo direito, que se apresenta sob, ao menos, dois enfoques: (a) crise de eficácia do direito; e (b) crise de legitimidade do direito.

Ditas situações, que aqui serão tratadas por “crises do direito”, podem ser analisadas tanto de forma conjunta – como representações distintas de um mesmo problema, qual seja, o da validade do direito, como pretende FALCON Y TELLA (2011) -, quanto de forma autônoma, como se pretenderá nesse breve arrazoado.

O presente trabalho pretende, portanto, à luz de um referencial teórico adequado, introduzir alguns aspectos das discussões que permeiam à ciência (dogmática) e à teoria (pragmática) do direito, e problematizar essa dicotomia que parece estar, ao menos parcialmente, superada.

2. METODOLOGIA

Foi realizada, para tanto, uma pesquisa qualitativa de caráter exploratório. O método de pesquisa adotado foi o bibliográfico, com enfoque principal em obras doutrinárias relacionadas à teoria do direito e a algumas das principais discussões dogmáticas contemporâneas, bem como observação da jurisprudência relativa a tais discussões. Foi utilizado, ademais, o método de abordagem indutivo, haja vista que se pretendeu chegar às “conclusões cujo conteúdo é mais amplo do que as premissas nas quais se basearam” (LAKATOS; MARCONI, 2010). O método procedimental utilizado, por sua vez, foi o método monográfico.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

A chamada “crise de eficácia” diz respeito à sensação experimentada pelas pessoas de que aquilo que está escrito, previsto e formalmente garantido, na maioria das vezes, não passa de um papel timbrado com letras que pouco

significam. Diretamente relacionado a um sentimento de desilusão e desencanto, portanto.

Por outro lado, a chamada “crise de legitimidade” concerne, dentre outras características, ao descrédito das instituições políticas ante à sociedade, a falta de representatividade, a não participação em decisões tidas como importantes para a coletividade e à própria insegurança jurídica dela decorrente.

Certo que grande parte dos dilemas enfrentados pela ciência do direito está intimamente relacionado a ao menos uma dessas crises. Nesse sentido, podem ser citados a título de exemplificação: o debate acerca do ativismo judicial e judicialização da política, impulsionado por DWORKIN (1999); o pan-principiologismo e a problemática de uma decisão judicial baseada na consciência do julgador, denunciados por STRECK (2009); o acesso à justiça problematizado por CAPPELLETI; GARTH (1988); os modelos alternativos de resolução de conflitos, defendidos por SPENGLER; GIMENEZ (2013); a adoção de um sistema de justiça restaurativa no âmbito do direito penal; a necessidade da busca pela eficácia dos direitos fundamentais (SARLET, 2004); o controle de convencionalidade das leis (MAZZUOLI, 2009); e a inserção da concepção significativa da ação na teoria do crime, de modo a superar definitivamente o finalismo e o neokantismo, conforme BUSATO (2010) e PÉREZ (2007). Enfim, mais exemplos não faltariam.

Ocorre que cada um desses problemas, conquanto digam respeito à categorias próprias da ciência e dogmática jurídica (ex.: direito penal, direito processual civil, direito constitucional, etc.) – e assim, por óbvio, também devam ser analisadas -, são, em última análise, problemas da própria teoria do direito, tangenciando reflexões acerca do que seja o direito, do que deva ser o direito, de como o direito deve ser interpretado e aplicado, de como o direito se relaciona com a moral e com a política e de qual seja o papel do direito na sociedade contemporânea. Ou seja, ainda intimamente relacionados à questões zetéticas analíticas puras (FERRAZ JR., 2003).

E é justamente essa a hipótese aqui aventada: mesmo que se negue, os grandes problemas enfrentados na *práxis* jurídica relacionam-se à questões eminentemente teóricas do próprio fenômeno jurídico.

De modo algum isso significa que os exemplos acima citados não devam ser analisados pelo prisma dogmático, a partir das categorias jurídicas próprias e dos institutos correlatos, ou mesmo a partir de uma análise multidisciplinar dos mesmos. Muito pelo contrário. Contudo, necessária se faz uma reflexão no sentido de que tal análise não tem se revelado suficientemente apta a responder de forma satisfatória a grande maioria dos problemas do direito, haja vista em inúmeras vezes não adentrar no cerne do debate, tendo em muitos casos apenas se apresentado de modo superficial, vazio de significado e razão.

Ademais, de modo algum a hipótese trazida significa que os “profissionais do direito” devam ser, antes disso, filósofos. Pode ser que sejam ou não. Mas essa não é a questão ora defendida, e essa não será a solução para os problemas da ineficácia e da deslegitimidade do fenômeno jurídico. Significa, em verdade, a busca pela superação dessa dicotomia racionalista, pela superação desse especialismo cego que separa o “mundo da vida” do “mundo das ideias” e que pensa que os problemas vividos não são interligados e interdependentes.

E tal superação, que, por conseguinte, corresponde à aproximação entre teoria e prática, mostra-se como relevante a ponto de HABERMAS (2004) apontar que (i) *a filosofia pode dar uma contribuição específica para a autocompreensão das sociedades modernas*; (ii) *a filosofia pode tornar profícuos sua referência à totalidade e seu plurilinguismo para determinadas interpretações*; (iii) *a filosofia*

possui por natureza uma competência para responder a perguntas fundamentais da vida em comum normativa, em especial a vida política justa.

4. CONCLUSÕES

Apesar de a presente pesquisa ainda se encontrar em fase inicial, necessitando de uma análise mais detida, aquilo que se tem até então apreendido é que a hipótese aventada, além de ser algo plausível, traduz-se em algo sobremaneira confirmado.

Com efeito, a dicotomização da teoria e da prática, do mundo das ideias e do mundo da vida, por certo, tem-se traduzido numa baixa qualidade da atividade jurisdicional e dos demais profissionais atores do direito, numa insuficiente e contraditória produção científica e numa incompleta formação acadêmica nos cursos de direito. E parece que, enquanto o paradigma atual for mantido, pouco se alterará.

Para o fim de se prosseguir na presente investigação, além da contínua pesquisa bibliográfica, pretende-se, a curto/médio prazo, a aplicação de três modelos de questionários, junto a três diferentes grupos (“profissionais do direito”, professores da Faculdade de Direito e alunos), que abranjam a hipótese aqui aventada e que sejam aptos a colher a opinião destes grupos sobre essa temática.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUSATO, P. C. **Direito Penal & Ação Significativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAPPELLETTI, M. e GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DWORKIN, R. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FALCÓN Y TELLA, M. J. **Lições de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.

HABERMAS, J. **Verdade e Justificação**. São Paulo: Loyola, 2004.

LAKATOS, E. M. E MARCONI, M. A. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2010.

MAZZUOLI, V. O. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PÉREZ, C. M. **A Concepção Significativa da Ação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SPENGLER, F. M. e GIMENEZ, C. P. C. O Resgate da comunidade e o papel da mediação comunitária na sociedade globalizada e individualista. In: SPENGLER, F. M (org.). **Mediação de conflitos e justiça restaurativa**. Curitiba: Multideia, 2013.

STRECK, L. L. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.