XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO EDUCAÇÃO E METODOLOGIAS DO CONHECIMENTO

CARLOS ANDRÉ HÜNING BIRNFELD

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI SANCHES

ORIDES MEZZAROBA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito educação e metodologias do conhecimento [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches, Orides Mezzaroba, Carlos André Hüning Birnfeld – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-048-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Educação. 3. Metodologia. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO EDUCAÇÃO E METODOLOGIAS DO CONHECIMENTO

Apresentação

APRESENTAÇÃO GRUPO DE TRABALALHO

DIREITO, EDUCAÇÃO E METODOLOGIAS DO CONHECIMENTO

Vimos apresentar os artigos que foram selecionados para o Grupo de Trabalho Direito Educação e Metodologias do Conhecimento no XXIV Congresso do CONPEDI na Universidade Federal de Sergipe UFS em Aracajú.

Compareceram ao GT a grande maioria dos autores dos artigos selecionados, dentre eles pesquisadores docentes e discentes dos vários Programas de Pós Graduação em Direito do país, demostrando que a preocupação com as questões da Educação Jurídica possuem presença constante nesses Programas, ainda que a temática não faça parte de suas linhas de pesquisa.

Por este motivo, consagra-se a importância do GT nos Congressos do CONPEDI, como locus de reflexão sobre assunto tão relevante para a formação jurídica no país.

No artigo O PLANO DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO (PDE) COMO POLÍTICA PÚBLICA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO, Daiane Garcia Masson e Rogerio Luiz Nery Da Silva buscam identificar o direito à educação como primordial e indispensável para o desenvolvimento e fruição da liberdade e da igualdade. Em seguida abordam o conceito das políticas públicas, com o fito de estabelecer um diálogo entre a atividade governamental provedora e a efetividade das garantias do direito fundamental social à educação a todas as pessoas. Por fim, analisam o Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE).

Renan Moreira de Norões Brito, no artigo intitulado A VALORIZAÇÃO EXCESSIVA DA AULA EXPOSITIVA EM DETRIMENTO DE OUTRAS ATIVIDADES ACADÊMICAS NO DIREITO procura demonstrar outras possibilidades de aula nos cursos de Direito, bem como procura destacar alguns aspectos positivos e outros negativos da aula expositiva. O objetivo deste trabalho é acender o debate dos métodos utilizados nas aulas dos cursos jurídicos no país, bem como propor algumas alternativas para os docentes dos cursos jurídicos.

Os coautores André Luiz Hoffmann e Antonio Cecilio Moreira Pires, apresentam uma experiência prática no artigo A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO MODELO TRADICIONALISTA NO ENSINO JURÍDICO: A EXPERIÊNCIA DO GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO ADMINISTRATIVO. O trabalho busca contextualizar a razão pela qual o ensino jurídico ainda nos dias de hoje possui um cunho tradicionalista e fornecer como contribuição para uma superação desse modelo a experiência realizada no desenvolvimento de um Grupo de Estudos em Direito Administrativo em uma conhecida Faculdade de Direito da cidade de São Paulo, SP.

No artigo DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS: NECESSIDADE DE MUDANÇA DE PARADIGMA NA EDUCAÇÃO JURÍDICA, Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão partindo da necessidade de uma mudança de paradigma na educação arcaica e antiquada que valoriza disciplinas dogmáticas e que desvaloriza o senso crítico dos alunos e professores, analisa a desjudicialização dos conflitos como necessidade premente na educação jurídica, valorizando a cultura da pacificação em detrimento da cultura da litigância.

Ana Terra Teles De Carvalho, no artigo que apresenta O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE DOMINAÇÃO OU DE EMANCIPAÇÃO: A FUNÇÃO SOCIAL DO PROFESSOR UNIVERSITÁRIO, procura alertar a sociedade para a necessidade de um direito atual, apto a satisfazer as necessidades do ser humano, sensível aos anseios sociais, devendo ter por meta respeitar e proteger a dignidade da pessoa humana, apresentar uma visão geral do papel do ensino jurídico no Brasil e destacar a função social do professor universitário.

Ainda sobre a importante questão da metodologia de ensino, Regina Vera Villas Boas e Zeima da Costa Satim Mori em METODOLOGIAS INOVADORAS: UMA NOVA REALIDADE QUE DESAFIA A EFETIVIDADE DO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO abordam as novas maneiras de ensino-aprendizagem no âmbito acadêmico, partindo do pressuposto de que é emergente uma notória transformação cultural, notadamente das Instituições de ensino, dos docentes e dos discentes, em razão do crescimento tecnológico contemporâneo. As metodologias inovadoras tendem a contribuir para as novas exigências da própria sociedade, desafiando os docentes, como mediadores do conhecimento, a interagirem com os discentes, que participam como agentes do próprio processo educativo de ensinagem/aprendizagem.

Naiara Cardoso Gomide da Costa Alamy em artigo intitulado A EDUCAÇÃO COMO CONQUISTA DA DEMOCRACIA UMA ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DO MÉTODO PEDAGÓGICO DEBATE, aponta que no ensino jurídico é de suma importância a utilização

de outros métodos de ensino, além do tradicional. O método pedagógico na modalidade debate permite o exercício da argumentação e do pensamento, formando sujeitos conscientes em uma democracia.

No artigo A PEDAGOGIA INACIANA APLICADA AO ENSINO SUPERIOR EM DIREITO NA ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA: O EXEMPLO NO DIREITO AMBIENTAL, Anacélia Santos Rocha e Beatriz Souza Costa buscam demonstrar a aplicabilidade da metodologia da Pedagogia de Santo Inácio de Loyola para um ensino de excelência no ensino superior. O trabalho apresenta os conceitos básicos da Pedagogia Inaciana aplicados ao ensino do Direito Ambiental e demonstra que a Pedagogia Inaciana aplicada no curso de Direito da Escola Dom Helder obteve sucesso no desenvolvimento intelectual de seus alunos.

André Ribeiro Porciuncula e Roxana Cardoso Brasileiro Borges no artigo A DESCONSTRUÇÃO DE SOLUÇÕES PRONTAS: UM DEBATE SOBRE A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA METODOLOGIA DA PESQUISA., visam relacionar o conhecimento científico e suas influências na hermenêutica jurídica na perspectiva da colisão de direitos fundamentais. A proposta é identificar, a partir de uma pluralidade discursiva e de uma liberdade metodológica, quais são as contribuições do conhecimento científico emergente para equacionar a constante colisão de direitos igualmente fundamentais e caros à sociedade contemporânea.

No artigo a INTERRELAÇÃO SOCIEDADE E DIREITO: IMPLICAÇÕES POLÍTICAS, ECONÔMICAS E JURÍDICAS NO ENSINO DO DIREITO, Daeane Zulian Dorst busca entender a influência política, econômica e jurídica no ensino do Direito. O Curso de Direito guarda relação estreita com a reprodução e produção do próprio Estado e da sociedade civil, retendo, assim, responsabilidade maior de gerar atores sociais capazes de pensar sobre as informações disponíveis e atuar com responsabilidade e autonomia na construção de uma sociedade mais pluralista, justa e democrática.

Henrique Lanza Neto no artigo ENSINO JURÍDICO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: MÉTODO DE ENSINO E PROCESSOS AVALIATIVOS, busca abordar as necessidades educacionais dos cursos jurídicos em uma análise relacionada às políticas de educação nacional, ao método educacional de aprendizagem e dos processos avaliativos no contexto da sociedade da informação, à autonomia, competência, compromisso, efetivação do projeto político-pedagógico e gestão do processo educacional,

ao método educacional na perspectiva da dissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão no contexto da sociedade da informação e, por fim, o método educacional voltado para os cursos de Direito.

No artigo A EXPERIÊNCIA DO PROCESSO ENSINO-APRENDIZAGEM DA DISCIPLINA DE ESTÁGIO SIMULADO DO CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE FORTALEZA, Rosendo Freitas de Amorim e Roberta Farias Cyrino objetivam analisar o papel do docente no ensino jurídico nos dias atuais com enfoque na nova experiência vivenciada na disciplina de Estágio Simulado da Universidade de Fortaleza., a qual consistiu numa mudança do processo de ensino-aprendizagem, dotando-a de feições mais voltadas para o uso do método socrático. Defendem que a aula expositiva tem sua importância e se faz necessária, mas é preciso repensá-la, utilizando-a de forma não exclusiva, mas complementar ao método socrático.

Por outro lado, Saulo De Oliveira Pinto Coelho e Francisco José García Collado no artigo PRAXIS EDUCATIVA E AUTOCONSTRUÇÃO DA CULTURA DEMOCRÁTICA DE DIREITOS HUMANOS: SOBRE A INSISTÊNCIA DO FAÇA O QUE EU DIGO, NÃO FAÇA O QUE EU FAÇO NOS AMBIENTES DE APRENDIZAGEM CIDADÃ realizam a exposição de uma análise crítico-propositiva sobre a situação do ensino e aprendizagem em Direitos Humanos no contexto brasileiro. Destacam a inquietude com respeito ao papel determinante dos sujeitos sociais na luta pela aquisição dos Direitos Humanos e o papel do docente na sala de aula de Direitos Humanos como transmissor e sensibilizador das políticas educativas presentes no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos.

Luciana Ferreira Lima no artigo intitulado EDUCAR PARA HUMANIZAR: O PAPEL DAS FAMÍLIAS PARA A FORMAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS pretende realçar a educação no ambiente familiar, apresentando ao debate a reflexão do papel fundamental desta comunidade familiar pluriestrutural, detentora de identidades multifacetadas advindas da composição dos seus integrantes, na disseminação dos direitos humanos.

A UTILIZAÇÃO DO MÉTODO DO CASO COMO INSTRUMENTO DE MELHORIA DA QUALIDADE DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL.de autoria de Inessa Da Mota Linhares Vasconcelos objetiva contribuir com a análise sobre a utilização do método do caso como instrumento de melhoria da qualidade do ensino do Direito no Brasil, em consonância com as diretrizes nacionais para os cursos jurídicos. Pretende, também, estudar quais os procedimentos que devem ser adotados para que a utilização do método do caso tenha resultados satisfatórios no ensino do direito.

Altiza Pereira De Souza e Carla Vladiane Alves Leite abordam os desafios inerentes à adoção da transdisciplinaridade na Pesquisa Jurídica no artigo A PESQUISA JURÍDICA EM SEU ÂMBITO TRANSDISCIPLINAR PARA A SUA APLICAÇÃO COMO AGREGAÇÃO DE CONHECIMENTO COMPLEXO NO RESULTADO. A Transdisciplinaridade na Pesquisa Jurídica demonstra todo um conjunto de reflexões que vai além do campo de abrangência da disciplina e realça debates maiores sobre as bases fracionadas do estudo científico, atingindo, em um patamar maior, todos os valores da sociedade atual. Analisam como tais valores influenciam os ramos científicos, incluindo o Direito.

No artigo O CINEMA E O ENSINO DO DIREITO: ELEMENTOS PARA UMA REFLEXÃO ACERCA DAS POSSIBILIDADES DE CRÍTICA A PARTIR DO USO DO CINEMA COMO RECURSO PEDAGÓGICO NO ENSINO JURÍDICO Pedro Faraco Neto e Renê Chiquetti Rodrigues procuram demonstrar como a sétima arte poderia ser pensada como prática educacional e utilizada como instrumento de reflexão crítica no aprendizado jurídico, rompendo-se com a tradicional análise meramente conceitual.

Em APONTAMENTOS SOBRE A AVALIAÇÃO DE CURSO DE GRADUAÇÃO NO BRASIL - O CASO DO CURSO DE DIREITO Gustavo Matos de Figueiroa Fernandes e Antônio Carlos Diniz Murta reproduzem algumas impressões sobre o que é o trabalho do Avaliador de Curso de graduação no país. A partir da experiência obtida nas Avaliações in loco dos Cursos de Direito, apresentam algumas reflexões, críticas e conclusões.

No artigo intitulado ENTRE O PASSADO E O FUTURO: UMA ANÁLISE DA SOCIOLOGIA DO DIREITO E O ENSINO JURÍDICO EM PORTUGAL, Cora Hisae Monteiro Da Silva Hagino analisa a relação entre Sociologia do Direito e as faculdades de direito em Portugal, demostrando que os conteúdos sócios jurídicos não estão presentes na maioria dos currículos e que as faculdades de direito de Portugal não estão preparadas para tratar questões sócio jurídicas e seus contextos culturais e políticos.

No artigo POR UM NOVO PARADIGMA EDUCACIONAL NA SUPERAÇÃO DA CRISE DO ENSINO JURÍDICO, Hercilia Maria Fonseca Lima busca compreender a crise do ensino jurídico por meio de uma análise do paradigma científico e seu processo de transição. Defende que o ensino jurídico tal qual a educação em geral ainda possui resquícios do velho paradigma positivista e que a profissionalização do ofício do professor pode ser um caminho para o paradigma educacional emergente.

Sergio Rodrigo Martinez no artigo intitulado ENSINO JURÍDICO E PSICANÁLISE JUNGUIANA: CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS E EXPERIÊNCIAS NA DISCIPLINA DE PSICOLOGIA JURÍDICA., busca demonstrar, por meio de um estudo de caso, a práxis da disciplina de Psicologia Jurídica a partir dos postulados teóricos da Psicanálise Junguiana aplicados ao ensino jurídico e as implicações dessa ocorrência. Como resultados, observou que a disciplina provocou mudanças de perspectiva nos significados e significantes do ensino jurídico nos alunos em formação.

A análise dos efeitos da Hipermodernidade no ensino jurídico é realizada por Ileide Sampaio De Sousa no artigo O DESAFIO ÉTICO DO ENSINO JURÍDICO NA HIPERMODERNIDADE: MERCANTILIZAÇÃO DO ENSINO, CRISE E CAMINHO. Segundo a autora, a presença de uma sociedade de consumo, e de sua espetacularização, gerou um dos efeitos mais perigosos para produção de um ensino engajado socialmente: a reificação do saber.

Por fim, no artigo A INCOMPLETUDE NO SISTEMA NACIONAL DE AVALIAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR SINAES , Jefferson Rodrigues De Quadros e Silvia Helena Antunes dos Santos, objetivam analisar metodologicamente o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior, (SINAES), tecendo criticas e sugestões que possam contribuir para com sua maior precisão analítica.

Carlos André Biernfild

Orides Mezzaroba

Samyra H D F Naspolini Sanches

A DESCONSTRUÇÃO DE SOLUÇÕES PRONTAS: UM DEBATE SOBRE A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA METODOLOGIA DA PESQUISA.

THE DECONSTRUCTION OF READY SOLUTIONS: A DEBATE ON THE COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN PERSPECTIVE OF RESEARCH METHODOLOGY.

Andre Ribeiro Porciuncula
Roxana Cardoso Brasileiro Borges

Resumo

A pesquisa visa a relacionar o conhecimento científico e suas influências na hermenêutica jurídica na perspectiva da colisão de direitos fundamentais. Pretende-se investigar o paradigma dominante do conhecimento científico, fruto sobremaneira da revolução científica do século XVI, e seus efeitos no positivismo jurídico, em especial na interpretação do Direito Civil e do Direito Constitucional. Nesse mesmo sentido, busca-se analisar o paradigma emergente do conhecimento científico e esclarecer sua influência também na interpretação do Direito Civil-Constitucional. A ideia é examinar a colisão de direitos fundamentais a partir destas duas perspectivas, associando-a à teoria das normas-regras e das normas-princípios. A proposta é identificar, a partir de uma pluralidade discursiva e de uma liberdade metodológica, quais são as contribuições do conhecimento científico emergente para equacionar a constante colisão de direitos igualmente fundamentais e caros à sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. colisão. paradigma dominante. paradigma emergente. pluralidade metodológica.

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to discuss the scientific knowledge and its influences to the legal hermeneutics in perspective of the collision of fundamental rights. It intends to explore the dominant paradigm of scientific knowledge that comes from the scientific revolution of the 16th century and its effects over the legal positivism, in especial over civil law and constitutional law interpretation. Thus, the purpose is to debate the emergent paradigm of scientific knowledge and its effects also over civil-constitutional law interpretation. The idea is to examine the collision of fundamental rights from two different perspectives, in order to relate it to the Theory of Legal Rules and Principles. The purpose is to discuss the main contribution of the emergent scientific knowledge from a plurality discursive and from a freedom of methodology, in order to consider constant collisions of equally fundamental and valuable rights to the contemporary society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights. collision. dominant paradigm. emergent paradigm. plurality methodology.

1. INTRODUÇÃO

A atual sociedade pós-industrial, também chamada pela sociologia contemporânea de pós-moderna, pós-fordista ou de sociedade da informação, vive constante processo de desconstrução e de fragmentação do racionalismo e do estruturalismo das ciências naturais que, durante muito tempo, direcionaram o pensamento científico das ciências sociais.

Livres das amarras do rigor científico e hegemônico da revolução científica do século XVI, as ciências sociais se despertaram enquanto paradigma emergente do conhecimento científico. Inseridas em sociedades heterogêneas e dinâmicas, galgaram ocupar maiores espaços, consolidando seus próprios princípios epistemológicos e metodológicos.

É justamente neste contexto, em que se insere o pensamento pós-positivista das ciências sociais - enquanto paradigma emergente do conhecimento científico -, que se busca investigar a solução para a colisão de direitos fundamentais.

Encontramo-nos inseridos em sociedades vivazes, cada vez mais abertas, complexas e multifacetadas, caracterizadas pela crescente dinâmica das relações sociais. Ao mesmo tempo em que se discute como garantir a efetividade dos direitos, preocupa-se também em solucionar as suas incessantes colisões. Liberdade de expressão x proteção da vida privada; liberdade de manifestação popular x segurança pública e direito de ir e vir; inviolabilidade domiciliar x investigação criminal; liberdade de consciência e de crença x intervenção biomédica sem consentimento; disposição do próprio corpo (doação de órgãos, autolesão, transgenitalização, experimentação científica) x proteção estatal. Eis apenas alguns *hard cases* - casos difíceis -, sobre os quais deve o conhecimento científico se debruçar.

A zona que separa o ato lícito do ilícito daquele que, acreditando exercer legitimamente um direito fundamental, fere direito igualmente caro de outro, é tênue e, muitas vezes, não encontra nas soluções prontas das regras jurídicas uma resposta satisfatória. É aí que surge a necessidade de se refletir sobre paradigmas dominantes e paradigmas emergentes do conhecimento científico. Os casos são múltiplos e inquietam a interpretação jurídica. Trazemos alguns exemplos a seguir:

a) Em 1991, na França, uma empresa do ramo de entretenimento lançou uma curiosa e inusitada diversão para clientes em bares e restaurantes da cidade de Morsang-sur-Orge, que consistia na prática conhecida como *lancer de nain* ou lançamento de anão, em uma espécie de foguete. O prefeito de Morsang-sur-Orge, utilizando-se das prerrogativas conferidas ao Poder de Polícia, interditou o estabelecimento, ao fundamento de que a atividade violava a dignidade humana dos anões. Manuel Wackenheim, aos seus pouco mais de um metro e catorze centímetros de altura – com nanismo hereditário -, e a empresa de entretenimento recorreram ao *Conseil d´Etat,* ao fundamento de que a decisão violava o direito ao trabalho e à livre iniciativa, visando à reforma da decisão do Tribunal Administrativo de *Versailles* que julgou pela legalidade do ato administrativo. Dado o insucesso do recurso, Manuel Wackenheim apresentou reclamação ao Conselho de Direitos Humano das Nações Unidas, argumentando que aquela decisão afrontava a sua liberdade, sua privacidade e configurava ato discriminatório contra os portadores de nanismo. O referido Conselho ratificou a decisão do órgão máximo jurídico administrativo francês – o Conselho de Estado Francês –, e proibiu formalmente a atividade, pois o ser humano não poderia ser colocado na condição de simples objeto de estranhável comércio.

b) Erik Sprague se submeteu a sucessivas cirurgias com a finalidade de se assemelhar a um homem lagarto. Para tanto, realizou múltiplas intervenções estéticas em seu corpo através da *body modification,* mediante técnicas de alongamento de lábios e orelhas e inserção de tinta colorida na íris dos olhos. Erik tatuou o seu corpo com escamas em tom verde, serrou seus dentes, operou sua língua e fez enxertos de teflon sobre os supercílios. O ato gerou profunda discussão sobre o direito da personalidade e a autonomia privada quanto à disposição do próprio corpo.

c) Glória Trevi encontrava-se presa na carceragem da Polícia Federal aguardando extradição para o seu país de origem quando revelou estar grávida. O fato gerou especulação quanto à corrupção de policiais federais, a prática de estupro e até mesmo a inseminação artificial por meio de uma caneta bic. Nos autos da Reclamação Constitucional n° 2040/DF (BRASIL, 2002), o Supremo Tribunal Federal, sopesando o direito à honra dos policiais e a intimidade da cantora e de seu filho, autorizou o uso da placenta para a realização de exame de DNA, com a finalidade de revelar a

verdadeira paternidade da criança. Após o fato, grande debate jurisfilosófico ocorreu sobre o conflito entre a proteção da intimidade genética da cantora, cujo material genético fora colhido sem a sua autorização, e a proteção da esfera privada dos policiais acusados de violência sexual.

A solução para os casos trazidos são facilmente encontrados em regras jurídicas?

É este o questionamento que dá início à investigação deste artigo: como equacionar a constante tensão existente entre direitos igualmente caros à sociedade? Quais são as contribuições apresentadas pelo pensamento científico de Boaventura de Souza Santos para esta investigação fenomenológica, isto é, para a construção do fenômeno do conhecimento científico e para a solução dos problemas nele contidos?

A investigação partirá da hipótese de que não existem soluções prontas e apriorísticas contempladas em regras supostamente capazes de apontar, através de métodos universalizantes e reducionistas, qual dos direitos em choque deve prevalecer. Busca-se, pois, debater a hermenêutica das normas *prima facie* – princípios -, e das normas definitivas – regras -, na perspectiva da tolerância discursiva e da pluralidade metodológica proposta por Boaventura de Souza Santos (2010). A liberdade metodológica (FEYERABEND, 1977), a que se propõe, permitirá mesclar alguns métodos específicos das ciências sociais, sempre submetendo-os à proposta da falseabilidade de Karl Popper (2004), para que possamos testá-la, no sentido de verificar, de fato, o resultado obtido, falseando-a, se for o caso.

No item 2 do artigo, será apresentado o pensamento de Boaventura de Souza Santos (2010) a partir da análise de sua obra *Um discurso sobre as ciências*, para que possamos compreender o que se entende por paradigma dominante e por paradigma emergente do conhecimento científico, associando-os, respectivamente, à interpretação do direito sob um viés isolado, essencialmente positivista, e à interpretação aberta do pós-positivismo, sob as lentes repaginadas do Direito Civil-Constitucional e sob a influência do Neoconstitucionalismo.

No item 3, será feita uma abordagem do marco teórico de Robert Alexy (2014) quanto à definição de normas *prima facie*, consubstanciadas em princípios, e normas definitivas, consubstanciadas em regras, esclarecendo seus principais traços diferenciadores, a fim de

debater a existência ou a inexistência de soluções prontas de regras jurídicas capazes de solucionar conflitos de direitos igualmente fundamentais.

2. A TOLERÂNCIA DISCURSIVA E A PLURALIDADE METODOLÓGICA PARA A CONSTRUÇÃO DO CONHECIMENTO PÓS-MODERNO

A contribuição de Boaventura Souza Santos a esta pesquisa será analisada a partir de sua obra *Um discurso sobre as ciências.* Para tanto, será necessário investigar o paradigma dominante e sua crise, associando-os à interpretação do Direito Civil e do Direito Constitucional calcados em soluções prontas das regras jurídicas, à luz dos ideais oitocentistas, assim como se fará também necessário analisar o paradigma emergente do conhecimento científico, associando-o ao fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, consubstanciado em um sistema de princípios e de normas *prima facie*.

A obra *Um discurso sobre as ciências* de Boaventura de Souza Santos (2010) decorre de uma versão ampliada da Oração de Sapiência que proferiu na abertura solene das aulas da Universidade de Coimbra nos anos de 1985/1985. Na obra, o autor defende uma posição epistemológica anti-positivista referindo-se ao conhecimento científico como uma construção social. Descreve a crise do paradigma dominante e os traços marcantes que chamou de paradigma emergente. Atribui às ciências sociais anti-positivistas uma nova centralidade e defende que as ciências devem se transformar em um novo e mais esclarecido senso comum.

Nesta obra, cujo conteúdo é de assaz importância para a pesquisa ora proposta, no sentido de se investigar conflitos de direitos igualmente fundamentais a partir de um pensamento pós-positivista, calcado em normas *prima facie* e em um sistema aberto de princípios, Boaventura (2010, p. 20) parte das seguintes hipóteses de trabalho: 1 – gradativa ausência de sentido na distinção entre ciências naturais e ciências sociais; 2 – recusa pelas ciências sociais de toda forma de positivismo lógico ou empírico ou de mecanicismo materialista ou idealista com a consequente revalorização dos estudos humanísticos; 3 – ausência de uma ciência unificada de uma teoria geral, não obstante a síntese entre ciências naturais e sociais; 4- desaparecimento de hierarquia do conhecimento científico em detrimento do conhecimento vulgar.

Dito isto, torna-se necessário compreender o paradigma dominante.

2.1. PARADIGMA DOMINANTE: O CONHECIMENTO CIENTÍFICO DAS CIÊNCIAS DA NATUREZA E SUA INFLUÊNCIA NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.

O paradigma dominante apresentado por Boaventura (2010, p. 22), que vigeu até o início do século XXI, refere-se ao modelo de racionalidade das ciências naturais que advieram da revolução científica do século XVI pelas mãos de Copérnico, Galileu e Newton. A teoria heliocêntrica dos movimentos dos planetas de Copérnico, as leis de Kepler sobre as órbitas dos planetas, as leis de Galileu sobre a queda dos corpos, a síntese de ordem cósmica de Newton e finalmente a consciência filosófica de Descartes e Bacon marcaram com traços latentes o paradigma dominante do conhecimento científico moderno.

A partir do século XIX, segundo Santos (2010), este modelo de racionalidade se estendeu, ainda, às ciências sociais emergentes, tornando-se global. A partir de então, distinguiram-se o conhecimento científico do não científico, tido como irracional. O conhecimento não científico, também chamado de perturbador e intruso, dividia-se em senso comum e nas chamadas humanidades ou estudos humanísticos, nos quais se encontravam os estudos históricos, filológicos, jurídicos, literários, filosóficos e teológicos.

Havia, neste contexto, em que se inseria o conhecimento científico, uma total separação entre a natureza e o ser humano. O conhecimento avançava pela análise rigorosa dos fenômenos naturais, cuja principal contribuição vinha da matemática. O rigor científico associava-se necessariamente às medições, logo “o que não era quantificável cientificamente era irrelevante” (SANTOS, 2010, p. 28).

O racionalismo cartesiano e o empirismo baconiano, que lastrearam o pensamento científico moderno, levaram à consolidação do positivismo burguês da segunda metade do século XVIII. Para este positivismo que se consolidava, somente havia dois modelos de conhecimento científico: as ciências lógicas e da matemática e as ciências empíricas que deveriam seguir o mesmo modelo das ciências naturais.

As ciências sociais, enquanto ciência mecanicista e empírica, dividiam-se em duas vertentes: a primeira, majoritária, mas gradativamente menos seguida, aplicava às ciências sociais todos os princípios metodológicos e epistemológicos das ciências naturais do século XVI; a segunda, minoritária, mas cada vez mais seguida, defendia a existência de um estatuto metodológico e epistemológico próprio das ciências sociais "com base na especificidade do ser humano e sua distinção polar em relação à natureza" (SANTOS, 2010, p. 34).

A inversão antropocêntrica da compreensão de mundo conferiu espaço ao surgimento do pensamento do jusnaturalismo racionalista, segundo o qual os direitos existem não pela positivação de um ordenamento jurídico, mas pela própria condição de pessoa humana, é dizer, como desdobramento divino. Nesse sentido, consolida-se no século XVII a razão humana como um código de ética universal que pressupõe um ser humano único em todo o tempo e em todo espaço.

Nos séculos XVIII e XIX, a concepção jusnaturalista racionalista cede espaço ao jusnaturalismo contemporâneo, também conhecido como pensamento científico positivista, calcado na monopolização da produção jurídica pelo Estado em detrimento do pluralismo jurídico medieval. O conhecimento científico, sob o império do positivismo jurídico, cingia-se a aplicar a fórmula típica de subsunção normativa, através da qual se identificava a premissa maior - norma jurídica -, a premissa menor - fatos -, e, posteriormente, construía-se um juízo conclusivo, através do raciocínio formal e lógico-dedutivo. Em síntese, fazia-se uma operação quase matemática de adequação da norma jurídica ao caso concreto.

Nesse sentido, no calor das revoluções liberais do século XVIII, é factível imaginar a necessidade premente de limitar o poder estatal e de garantir a segurança jurídica. Tratava-se de campo fértil à consolidação do pensamento científico positivista no meio jurídico.

Na França, os ideais iluministas consolidaram o *rationalization du pouvoir*[1], que significava um movimento de luta pela consolidação dos direitos individuais e pela separação dos poderes (NETO, 2013, p. 100). À época, as liberdades públicas foram erigidas à condição de direitos fundamentais de 1° geração/dimensão, consideradas garantias de oposição, de resistência, em face do poder estatal.

[1] Tradução sugerida: racionalização do poder.

O conhecimento científico no campo do direito, como se vê, trilhava o mesmo caminho do paradigma dominante outrora vigente, sob assaz influência das ciências da natureza. A interpretação jurídica, enquanto conhecimento científico racional, não se confundia com o senso comum nem tampouco se interligava com outras áreas do conhecimento humanístico, dentre elas a história, a filosofia e a sociologia.

As liberdades, enquanto direitos civis e políticos, assumiam um viés negativo e eram exercidas quase que de forma absoluta. Afirma Manoel Jorge e Silva Neto (2013, p. 100) que o Estado liberal prosseguia forte na linha do "absenteísmo urdista" a partir e com fundamento no *laissez faire, laissez passez le monde va de lui-même*[2].

A noção de liberdade associava-se diretamente à ideia de limitação de poder e o poder à limitação da liberdade. O individualismo e o absenteísmo estatal, a que tanto aspirava o liberalismo, não cediam espaço para a relativização de direitos fundamentais e para a formação de um pensamento mais humanístico do conhecimento científico, que, como visto, era direcionado pela influência das ciências da natureza, em especial da matemática.

As normas cingiam-se às regras jurídicas, fechadas, cuja solução, na hipótese de conflito, era encontrada através do critério da ab-rogação ou derrogação, do "tudo ou nada", *"all or nothing fashion"* da norma válida ou inválida (Dworking, 1999, p. 24/26).

A noção de liberdade era calcada na igualdade formal, ou seja, igualdade perante a lei, em que todos estariam em situação de equivalência, independentemente de condição social ou econômica. A ideia de liberdade era aquela simbolizada pelo art. 4° da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (FRANÇA, 1789), segundo a qual

> A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites somente a lei poderá determinar.

No campo do Direito Civil, a autonomia da vontade ditava os negócios jurídicos sem qualquer intervenção do Estado e refletia o paradigma dominante do conhecimento científico à época. Para Schreiber (2013, p. 4), "tudo com a chancela da ordem jurídica, que entendia que os

[2] Tradução sugerida: Deixai fazer, deixai passar que o mundo caminha por ele mesmo.

contratos, como frutos do livre acordo de vontades eram "justos" por definição". Não por outra razão, tornou-se famosa a afirmação de Alfred Fouillée: "*qui dit contractual, dit juste"*, quem diz contrato, diz justo (BORGES, 2007, p. 22).

O conhecimento científico importado das ciências da natureza para o Direito Civil oitocentista norteava a interpretação de seus institutos clássicos, propriedade, posse e liberdade, mas decerto engessava a solução dos *hard cases* que envolvia a colisão de direitos fundamentais. Para Boaventura (2010, p. 55) o rigor cientifico, embora seja relevante para quantificar, não é suficiente para qualificar os fenômenos sociais:

> O rigor cientifico, porque fundado no rigor matemático, e um rigor que quantifica e que, ao quantificar, desqualifica, um rigor que, ao objectivar os fenômenos, os objectualiza e os degrada, que, ao caracterizar os fenômenos, os caricaturiza. E, em suma e finalmente, uma forma de rigor que, ao afirmar a personalidade do cientista, destrói a personalidade da natureza. Nestes termos, o conhecimento ganha em rigor o que perde em riqueza e a retumbância dos êxitos da intervenção tecnológica esconde os limites da nossa compreensão do mundo e reprime a pergunta pelo valor humano do afã cientifico assim concebido.

A história, contudo, foi responsável por revelar - diante das transformações econômicas, culturais e sociais por que passou a sociedade, em especial no século XX -, que o modelo de conhecimento científico, até então vigente, já não mais atendia aos anseios sociais. Surgiram as anomalias do paradigma dominante que levaram ao nascimento da sua crise e ao crescimento do paradigma emergente, que ora passamos a investigar.

2.2. CRISE DO PARADIGMA DOMINANTE E O CRESCIMENTO DO PARADIGMA EMERGENTE

As transformações sociais advindas a partir do século XX trouxeram a noção de que as ciências sociais possuem um estatuto epistemológico próprio. Ganhou força a vertente teórica que reivindicava a necessidade de humanização do conhecimento científico. A crise do paradigma positivista, calcado em um modelo de conhecimento racional e empírico das ciências da natureza, tornou-se irreversível, como bem afirma Boaventura de Souza Santos (2010, p. 40) "essa crise não é só profunda como irreversível". E continua: "estamos a viver um período de revolução científica que se iniciou com Einstein e a mecânica quântica e não se sabe ainda quando acabará".

A teoria da relatividade da simultaneidade de Albert Einstein, as investigações de Gõdel quanto à incompletude e rigor da matemática e o avanço do conhecimento da microfísica, da química e da biologia foram importantes responsáveis pela crise do paradigma da ciência moderna. Esse período é bem esclarecido por Santos (2010, p. 50):

> Depois da euforia científica do século XIX e da consequente aversão à reflexão filosófica, bem simbolizada pelo positivismo, chegamos a finais do século XX possuídos pelo desejo quase desesperado de complementarmos o conhecimento das coisas com o conhecimento do conhecimento das coisas, isto é, com o conhecimento de nós próprios. A segunda faceta desta reflexão é a que ela abrange questões que antes eram deixadas aos sociólogos. A análise das condições sociais, dos contextos culturais, dos modelos organizacionais da investigação científica, antes acantonada no campo separado e estanque da sociologia da ciência, passou a ocupar papel de relevo na reflexão epistemológica.

No campo da hermenêutica jurídica, o exercício das liberdades públicas deixou de se restringir ao seu viés negativo, passando também a ser exercido positivamente[3]. O exercício positivo dos direitos fundamentais, opostos tanto em face do Estado quanto do particular, levou ao aumento de relações sociais e ao fenômeno da colisão de direitos. Surgiu a ideia, então, de que não existe direito absoluto, nem mesmo à vida ou à liberdade, e que os direitos, quando em rota de colisão, precisam ceder mutuamente para que, em harmonia, possam assegurar a paz social.

Esta nova fase de produção do conhecimento científico foi chamada por Boaventura (2010, p. 60) de paradigma de um conhecimento prudente ou paradigma de uma vida decente, cujos traços marcantes foram a aproximação entre as ciências naturais e as ciências sociais, a compreensão de que todo conhecimento é total e local, que todo conhecimento é autoconhecimento e, por fim, que todo conhecimento visa construir um senso comum.

A grave crise social que adveio pós-revolução industrial, a grande depressão da economia mundial simbolizada pela quebra da Bolsa de Nova York de 1929 e as duas guerras mundiais deflagradas na primeira metade do século XX mostraram a necessidade de se alterar sensivelmente o papel do Estado e de se alterar o paradigma dominante do conhecimento científico.

[3] Nesse sentido, conferir a Teoria dos Quatro Status de Georg Jellinek no capítulo 05 da obra Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy (2014).

Novas formas de produzir conhecimento em uma perspectiva mais humanística tornaram-se catalisadoras para aproximar as ciências naturais das ciências sociais, colocando "a pessoa, enquanto autor e sujeito do mundo, no centro do conhecimento" (SANTOS, p. 72).

Podemos afirmar, pois, que a crise do paradigma dominante do conhecimento científico, decorreu também do processo de fragilização por que passou ser humano, em especial a partir a segunda metade do século XX, que, segundo Schreiber (2013, p. 45/46), foi marcado pela: i) pela acelerada expansão demográfica e pelo desordenado processo de urbanização; ii) pela Guerra Fria, como constante ameaça de um devastador confronte nuclear; iii) pelas ditaduras militares na América Latina, que impunham políticas de degradação humana e práticas de tortura como instrumento de repressão; iv) conflitos étnicos africanos, que resultaram em divisão política arbitrária e dizimaram vítimas longe da opinião pública mundial; v) evolução científica e tecnológica, que, além de não terem trazido soluções esperadas para a subnutrição e a miséria, elevaram os riscos da vida urbana e do meio ambiente; vi) massificação e despersonalização das relações sociais; vii) surgimento de formas clandestinas e violentas de intolerância e discriminação frente a homossexuais, transexuais e toda espécie de minorias; viii) pela exploração do medo, e não tanto da violência, pela mídia; ix) desenvolvimento de fundamentalismos urbanos e nacionais; x) retaliação de nações inteiras e recente crescimento do terrorismo internacional; xi) efeitos negativos de medidas antiterrorismo implementadas, não raramente, com violação aos direitos fundamentais da pessoa, como a privacidade.

O processo de fragilização do ser humano levou o neoconstitucionalismo a erigir o homem novamente ao centro maior de atenção do intérprete. A pessoa humana tornou-se o mais eminente de todos os valores porque constituiu a fonte e a raiz de todos os demais valores. No Brasil, a dignidade da pessoa humana tornou-se o marco fundante do ordenamento jurídico (art. 1°, III, da C.F/88), enquanto princípio fundamental da República.

Essa nova hermenêutica jurídica, chamada pelos constitucionalistas de neconstitucionalismo ou constitucionalismo pós-moderno[4], aproximou o Direito Civil do Direito Constitucional.

[4] A expressão "neconstitucionalismo" tem sido utilizada para retratar um movimento político, social e cultural das sociedades abertas, pluralísticas e multifacetárias (HABERLE *apud* JUNIOR, 2011, p. 231) que faz ressurgir a ideia de homem como verdadeiro objeto de proteção da sociedade. Para Ana Paula Barcellos, a expressão "neoconstitucionalismo" tem sido utilizada por parte da doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo (BARCELLOS, 2007, p. 28)

Para Luis Edson Fachin e Carlos Eduardo Ruzyk (2010, p. 48/49), sob o viés do Direito Civil, a dignidade humana – pessoa como valor -, deu início ao fenômeno da despatrimonialização e da personificação do direito privado, cuja leitura passou a ser feita a partir das normas constitucionais, reformulando os postulados mais expoentes dos códigos oitocentistas: o contrato, a família e a propriedade. Sem embargo, a interpretação do Direito Civil à luz das normas constitucionais apenas confirmou o entendimento proposto por Boaventura (2010) de que todo conhecimento é total e local, logo não deve se especializar a ponto de se isolar das demais formas de conhecimento.

Este conhecimento total, emergente, não está condicionado a um único método. Ao revés, o conhecimento somente é alcançado mediante uma pluralidade metodológica que, por sua vez, advém da transgressão metodológica. Nesse sentido, Feyerabend (1977) propõe um anarquismo metodológico e teórico para a construção e a evolução do conhecimento científico, pois entende que nenhum conhecimento ou paradigma deve ser tido como imutável, de modo que todos eles devem ser postos à prova e, em alguns casos, superados. Os cientistas devem seguir um modelo teórico anárquico, afastando-se de regras ou premissas pré-estabelecidas, sempre questionando as ideias propostas, para ratificá-las ou superá-las.

Dentro do contexto do paradigma emergente do conhecimento, a interdisciplinariedade entre as ciências da natureza e as mais diversas ciências sociais (sociologia, filosofia, antropologia, ciência política, história e jurídica) ocupou o palco das principais discussões do conhecimento, o que Santos (2010, p. 79) chamou de tolerância discursiva. Para ele, a tolerância discursiva é o outro lado da pluralidade metodológica e se revela, a exemplo, na mistura da arte com a literatura ou da ciência política com a história:

> A ciência pós-moderna sabe que nenhuma forma de conhecimento e, em si mesma, racional; só a configuração de todas elas e racional. Tenta, pois, dialogar com outras formas de conhecimento deixando-se penetrar por elas. A mais importante de todas e o conhecimento do senso comum, o conhecimento vulgar e pratico com que no quotidiano orientamos as nossas ações e damos sentido a nossa vida. A ciência moderna construiu-se contra o senso comum que considerou superficial, ilusório e falso. A ciência pós-moderna procura reabilitar o senso comum por reconhecer nesta forma de conhecimento algumas virtualidades para enriquecer a nossa relação com o mundo (SANTOS, 2010, p. 89).

No campo da hermenêutica jurídica, a crise do positivismo jurídico trouxe novas reflexões sobre o sentido jurisfilosófico do direito que, sob a esteira da legalidade, legitimou a prática

de atos atrozes à vida digna do homem. Reflexões sobre o conceito de legitimidade e de justiça tornaram palco de discussões das atuais sociedades plurais, reflexivas, dinâmicas e multiculturais. Neste contexto, a proteção da dignidade da pessoa humana e a força normativa dos princípios tornaram-se senso comum do conhecimento científico, aproximando o Direito Civil do Direito Constitucional.

A crise do pensamento científico positivista, no campo da hermenêutica jurídica, representou a ascensão do paradigma emergente pós-positivista, cuja base reside na tolerância discursiva e na pluralidade metodológica propostas por Boaventura de Souza Santos (2010) e por Paul Feyerabend (1977).

O paradigma pós-positivista proporcionou novas reflexões da ciência jurídica. Nesse sentido, o Culturalismo Jurídico aproximou o direito da moral. A interpretação do direito não poderia se afastar dos elementos fato, valor e norma, pois, segundo afirma Miguel Reale (1994, p. 74), eles estariam em constante atração, eis que o fato tende a realizar o valor mediante a norma.

Inserido ainda nesta ideia da pluralidade metodológica e da tolerância discursiva, assiste-se à eclosão de outros pensamentos pós-positivista - paradigmas emergente do conhecimento jurídico -, tais como o Raciovitalismo Jurídico preconizado pelo filósofo Ortega Y Gasset, a Tópica Jurídica, referida por Theodor Viehweg, a Nova Retórica Jurídica, salientada por Chaim Perelman, o Direito Alternativo, capitaneado por Luís Alberto Warat, o Neoconstitucionalismo, resgatado do pensamento de Jonh Rawls, o Funcionalismo Jurídico, calcada na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, o Substancialismo Principiológico delineado por Ronald Dworkin e o Procedimentalismo Discursivo trazido pelo pensamento de Robert Alexy.

Não há como negar que novos paradigmas surgiram para equacionar novos conflitos sociais. Na medida em que a sociedade evoluía também cresciam os conflitos de bens jurídicos igualmente tutelados. Neste cenário, a tarefa de equacionar conflitos entre direitos fundamentais tornou-se possível através da proposta fundada na pluralidade metodológica pós-positivista do conhecimento jurídico. Nesta perspectiva democrática de métodos científicos, não existem sentidos ou caminhos únicos de se atingir o conhecimento científico, assim como não existem direitos absolutos, o que torna necessário, nesta investigação,

investigar a estrutura das normas jurídicas enquanto normas-princípios e normas-regras, para que possamos, ao fim, construir uma forma não única, mas plural e eficiente de equacionar a colisão destes direitos tão caros à sociedade.

3. DEVERES *PRIMA FACIE* E DEVERES DEFINTIVOS DAS NORMAS JURÍDICAS: uma diferenciação de normas-princípios e de normas-regras na perspectiva da metodologia da pesquisa.

A colisão de direitos igualmente valorosos e fundamentais reclama do intérprete da norma uma metodologia e uma hermenêutica que lhe permitam aplicar, por mero pensamento indutivo-dedutivo[5] (positivista) ou pela desconstrução[6] (pós-positivista), um dos direitos, dando-lhe prevalência no caso concreto, de modo a pacificar a controvérsia.

A aplicação deste direito prevalecente, contudo, não é tão simples como pode aparentar, fazendo suscitar profundos debates metodológicos e teóricos. O estudo da estrutura das normas enquanto um conjunto de posições definitivas, totalmente realizáveis, ou de meras normas preliminares – *prima facie* -, revela-se indispensável à temática da colisão de direitos. Desta forma, embora não seja este um trabalho dedicado exclusivamente à distinção entre regras e princípios, é perceptível a sua importância para o debate acerca da colisão de direitos fundamentais.

Robert Alexy (2014, p. 85) propõe uma estrutura das normas de direitos fundamentais formada por regras e princípios. Segundo o autor, a distinção entre normas-regras e normas princípios é a base da teoria da fundamentação dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem essa distinção não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem

---

[5] O pensamento indutivo-dedutivo aproxima-se ao método proposto por Francis Bacon em sua obra *Novum Organun*, em que busca, através dos métodos da *Antecipação da Mente* e da *Interpretação da Natureza* demonstrar a superioridade da natureza em face do homem, pois, como afirma, "a natureza não se vence, se não quando se lhe obedece" (1979, p. 07); "a natureza supera em muito, em complexidade, os sentidos e o intelecto. Todas aquelas belas meditações e especulações humanas, todas as controvérsias são malsãs. E ninguém disso se percebe". (1979, p. 8). A filosofia de Francis Bacon baseia-se na substituição da lógica dedutiva medieval, com a qual, aliás, se opõe, por um novo método experimental e indutivo, cujo projeto é criar uma síntese total do conhecimento humano.

[6] O termo desconstrução associa-se ao método desconstrutivista proposto por Jaques Derrida (1995), segundo o qual a desconstrução deve ser compreendida como reentendimento do texto, que, aliás, não é único, mas apenas momentâneo.

.

uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. E esclarece:

> Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito". Com a sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidos (ALEXY, 2014, p. 85)

Regras e princípios formam a concepção de norma, pois ambas podem ser formuladas por meio de expressões deônticas do dever, da permissão e da proibição. A distinção entre regras e princípios é a distinção entre duas espécies de normas.

Para Alexy, (2014, p. 87), o primeiro critério de distinção entre regras e princípios é a o da generalidade. Os princípios possuem um alto grau de generalidade, ao passo que o grau de generalidade dos princípios é relativamente baixo. O conceito de generalidade está inserido no conceito de universalidade. Os direitos previstos na Constituição alemã de que "todos gozam de liberdade de crença e de que "todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença" expressam normas universais.

O segundo critério para diferenciá-los seria "a determinabilidade dos casos de aplicação", a forma de seu surgimento - normas "criadas" e normas "desenvolvidas"-, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito, ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica (ALEXY, 2014, p. 88)[7].

Mas, para Alexy (2014, p. 90), o ponto decisivo na distinção entre princípios e regras reside no fato de que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, portanto "*mandamentos de otimização"* que se caracterizam pela possibilidade de serem satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e

[7] *Cf* Alexy (2014, p. 89/90). Três teorias diversas de Alexy acerca da distinção entre normas e princípios..

não uma distinção de grau. As regras são normas que são sempre ou satisfeitas/realizáveis ou não satisfeitas/não realizáveis.

Outro importante traço diferenciador das normas-regras das normas-princípios reside na colisão entre princípios e nos conflitos entre regras. Um conflito entre regras somente pode se solucionado caso seja introduzida, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se, pelo menos, uma das regras for declarada inválida. A exemplo, Alexy (2014, p. 92) cita a regra relativa à proibição da saída da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de sair da sala se o alarme de incêndio soar. Neste caso, este conflito deve ser solucionado mediante a inclusão de uma cláusula de exceção na primeira regra que passaria a ser a seguinte: É proibida a saída da sala de aula antes que o sinal toque, salvo se o alarme de incêndio soar.

Se este tipo de solução não for possível, uma regra terá que ser declarada inválida e extirpada do ordenamento jurídico. Quanto às regras de solução da invalidade, aplica-se as regras da *lex posterior derrogat legi priori* e *lex specialis derrogat legi generali.* Diferentemente do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável:

> "Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é valida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos". (ALEXY, 2014, p. 92).

As colisões de princípios devem ser solucionadas de formas totalmente distintas. Se dois princípios colidem, tal como ocorre quando um princípio autoriza algo e outro o proíbe, um deles terá que ceder naquele caso concreto, o que, contudo, não significa que o princípio cedente deva ser declarado inválido nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção. (ALEXY, 2014, p. 93)

Nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência, de modo que conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso. (ALEXY, 2014, p. 94).

A solução para a colisão entre normas princípios consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios com base nas circunstâncias do caso concreto. Dito em outras palavras, o "estabelecimento de relações de precedências condicionadas", também chamada de "Teoria das Relações de Precedências Condicionadas" consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro, de modo que, sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. Esse conceito de relações de "precedências condicionadas" é de assaz importância para a compreensão das colisões entre princípios e, por consequência, para a Teoria dos Princípios.

A "lei da colisão" reflete, como visto, a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, estabelecendo em primeiro lugar a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis.

Segundo afirma Alexy (2014, p. 90) "o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes". Princípios são chamados, portanto de "mandamentos de otimização" e se caracterizam pela possibilidade de serem satisfeitos em graus variados, de acordo não apenas com as possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 45), o principal traço distintivo das regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, reside no fato de que *regras* garantem direitos ou impõem deveres definitivos, isto é, deverão ser totalmente realizadas caso haja a subsunção no caso concreto, ao passo que princípios garantem direitos ou impõem deveres *prima facie*, de modo que não há falar em realização total da norma, não apenas parcial.

Assim, em síntese, podemos afirmar que as normas ou são princípios ou são regras. Diante da colisão de valores protegidos por normas *prima facie* igualmente relevantes, devem os princípios ser ponderados para no caso concreto, conferir, diante das possibilidades fáticas e jurídicas, maior peso[8]. Enquanto princípios instituem posições, deveres ou estado de coisas

[8] Conferir tópico 3.2 do capítulo 03.

preliminares - *prima facie* -, as regras instituem deveres definitivos, independentes das possibilidades fáticas e normativas[9]. Na hipótese de conflito entre regras, deve-se prever uma cláusula de exceção, sob pena de uma delas ser considerada inválida. Lado outro, na hipótese de colisão de dois princípios, deve-se mantê-los simultaneamente válidos no sistema jurídico, devendo o intérprete decidir qual deles possui maior peso.

Não há como negar a relevância, para um sistema jurídico, das regras, que, como visto, fixam posições definitivas para a solução de controvérsias. Estas soluções, contudo, cingem-se aos casos fáceis, que não reclamam maior divagação hermenêutica ou de método, senão a subsunção normativa e a reprodução de paradigmas já dominantes.

Um sistema fechado de regras e posições definitivas, ao propor soluções apriorísticas para conflitos de direitos fundamentais, aproxima-se da universalização fenomenológica apresentada por Edmund Husserl (2001).

A metodologia subsuntiva tradicional do sistema positivista de regras deriva, como visto, do método indutivo experimental de Francis Bacon (1979), e se aproxima também do método científico proposto por Edmund Husserl (2001, p. 28), segundo o qual a *abstração ideativa* fornece universalidades inteligíveis, espécies, essências, ditando a salvação da claridade intuitiva sobre a essência do conhecimento.

Ao se propor a tratar de um "idealismo transcendental", que parte de um estudo sistemático da consciência e dos seus objetos mentais, Husserl (2001, p. 28) assevera que "temos de elevar intuitivamente à consciência da universalidade as objectalidades universais desta esfera, e tornar-se possível uma doutrina da essência do conhecimento"

Assim, para a fenomenologia pura de Husserl (p. 28/29), "o conhecimento universal é algo singular, é sempre um momento na construção da consciência; o *próprio universal*, que aí está dado na evidência, não é algo de singular, mas, sim, um universal, portanto transcendente em sentido verdadeiro".

[9] Conferir tópico 4 do capítulo 03.

A proposta metodologia apresentada por Edmund Husserl (2001), embora mereça destaque, ao ser submetida à falseabilidade proposta por Popper (2004), não se mostra capaz de solucionar colisões de direitos fundamentais através de soluções universalizantes ou de "reduções eidéticas".

Não por outra razão, como visto, o paradigma dominante do positivismo jurídico enfrentou anomalias que o inseriram em uma crise decorrente da multiplicação de vários outros paradigmas do conhecimento. Como esclarece Thomas Kuhn (1998, p. 110/111), "a crise, ao provocar proliferação de versões do paradigma, enfraquece as regras de resolução dos quebra-cabeças da ciência normal, de tal modo que acaba permitindo a emergência de um novo paradigma". (p. 110).

Não que o paradigma da Teoria Geral dos Princípios, pós-positivista, tenha simplesmente derrocado a Teoria Geral das Regras, nem tampouco que tenha havido uma simples cumulação entre elas. Houve, em especial a partir da segunda metade do século XX com o fenômeno da constitucionalização do direito, uma desconstrução de bases teóricas, métodos e aplicações do velho paradigma, mas também um diálogo entre as duas formas de conhecimento científico: o sistema de regras e o de princípios. Kuhn (1998, p. 116) destaca que a transição de um paradigma em crise para outro está longe de ser um simples processo cumulativo de articulação do velho paradigma. Ao revés, trata-se de uma reconstrução da área de estudo a partir de novos princípios, da reconstrução de bases teóricas, de métodos e de aplicação do paradigma em crise.

Embora não possamos negar a importância do velho paradigma das regras jurídicas, não há como olvidar que o estudo, a aplicação e a solução de controvérsias de casos difíceis – *hard cases* -, que envolvem a colisão de direitos fundamentais, demanda um novo paradigma do conhecimento. O maior grau de dificuldade hermenêutica revela a necessidade de se adotar, predominantemente, um sistema de normas - deveres e obrigações - *prima facie,* não definitivas -, consubstanciado genuinamente em princípios.

Não que o novo paradigma da hermenêutica jurídica - cuja base principal se encontra na irradiação de efeitos das normas constitucionais e na concreção do valor dignidade humana -, seja infenso a anomalias e crises, nem tampouco imutável. Contudo, este novo paradigma que valora e pondera princípios colidentes e que garante direitos e obrigações *prima facie* –

realizando-os não totalmente, mas parcialmente, de acordo com circunstâncias fáticas e normativas do caso concreto -, revela-se, até que seja falseado e superado, mais apropriado à solução de colisões de direitos igualmente fundamentais e caros à sociedade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade se altera e junto com ela alteram-se os paradigmas. Soluções prontas para novas controvérsias tornam-se insuficientes, fazendo surgir anomalias e crises. Factível torna-se também a ideia de que nenhum paradigma é imutável e de que o conhecimento somente será científico se puder ser testado e falseado.

Não foi outro o caminho trilhado pelo paradigma dominante do conhecimento científico calcado nos estudos das ciências da natureza. Ao final desta investigação, podemos inferir, sob uma análise crítica, que o conhecimento científico despertado da revolução científica do século XVI[10] fora importando, naquilo que cabia, para a hermenêutica jurídica oitocentista, norteando a interpretações fechadas e individualistas de institutos da Teoria Geral do Direito, tais como sujeito de direito, bem jurídico, sanção, ilícito, liberdade, propriedade, posse e contratos. Até então, valores associados à pessoa humana ou à coletividade não ocupavam maiores espaços do conhecimento jurídico dominante.

As anomalias incipientes ao século XX e a crise, por que passou o conhecimento científico paradigmático, erigiram as ciências sociais à condição de objeto de estudo científico, dotado de estatuto epistemológico próprio.

O processo de fragilização do ser humano após as duas grandes guerras mundiais contribuiu para a superação do paradigma dominante positivista, calcado em um sistema fechado de regras jurídicas e na interpretação lógico-dedutiva das normas, contribuindo para a ascensão do paradigma emergente do sistema aberto de valores principiológicos. Neste contexto, despertados novos anseios sociais da ávida sociedade do início do século XX, retratados na consolidação das constituições dirigentes dos Estados Sociais, surgiram novas lentes

[10] Como visto, a revolução científica do século XVI fora marcada pela teoria heliocêntrica dos movimentos dos planetas de Copérnico, pelas leis de Kepler sobre as órbitas dos planetas, pela as leis de Galileu sobre a queda dos corpos, pela síntese de ordem cósmica de Newton e finalmente pela consciência filosófica de Descartes e Bacon.

metodológicas de aplicação do conhecimento jurídico. Como resultado das anomalias e crises destacadas por Kuhn (1998), constata-se a consolidação de um movimento positivista repaginado, também chamado de pós-positivismo, sob forte influência do valor pessoa humana, dos direitos *prima-facie*, dos princípios enquanto mandamentos de otimização, da constitucionalização do direito, da sociabilidade, da eticidade e da operabilidade das relações jurídicas.

E este paradigma emergente da hermenêutica jurídica é que interessa à controvérsia da colisão de direitos fundamentais a que tanto se assiste em sociedades cada vez mais reflexivas, abertas e plurais. Assim, partindo da ideia da liberdade metodológica proposta por Feyerabend (1977) e da tentativa de se decompor, tal como proposto por Derrida (1995), a teoria das regras e dos princípios, desconstruímos qualquer ideia de que a pacificação da colisão de direitos fundamentais pode ser alcançada mediante soluções prontas das regras jurídicas, destituídas de ponderação diante das circunstâncias fáticas e normativas do caso concreto, é dizer, afastadas das normas *prima-facie*.

Assim, deixando clara a necessidade de se submeter qualquer proposta de conhecimento científico à falseabilidade, sob pena de estagnação e mera reprodução de conhecimento, propõe-se sejam os *hard cases*, que envolvem a colisão de direitos igualmente fundamentais, interpretados, sob o prisma do paradigma emergente, calcado em um sistema aberto de cláusulas gerais, de mandamentos de otimização e de normas *prima facie*, até que novas anomalias e novas crises se despertem e façam surgir novos e sucessivos paradigmas emergentes.

5. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., São Paulo: Malheiros , 2014.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 10520: informação e documentação: apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro, 2002. Disponível em http://www.leffa.pro.br/textos/abnt.htm#5.16 (REGRAS ABNT). Acesso em 05/06/2014

BACON, Francis. ***Novum Organum* ou Verdadeiras Indicações Acerca da Interpretação da Natureza**. Versão eletrônica disponível em http://br.egroups.com/groups/acropolis/. Acesso em 22/11/2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 15. Jan/Fev/Março, p. 01-31, 2002. Acesso em 10/08/2014. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flávio (Coords.). **Direito contratual**: temas atuais. São Paulo: Método, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional 2040/2002. Relator: Min. Min. NÉRI DA SILVEIRA. Tribunal Pleno. Brasília, 21 fev. 2002. Acesso em 01/12/2014. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28reclama%E7%E3o+2040+df%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p2bez5r.

DERRIDA, Jaques. **A escritura e a diferença**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva S.A, 1995.

DWORKING, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

FACHIN, Luís Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica**. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. Tradução de Octanny S. da Mota e Leonidas Hegenberg. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

FRANÇA. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.** França, 26 ago. 1789. Comissão de Direitos Humanos da USP. São Paulo. Acesso em 01/12/2014. Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html.

HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura**. Lisboa. Edições 70, 2001.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

SANTOS, Boaventura Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed., São Paulo: Cortez, 2008.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998

NETO, Manoel Jorge e Silva. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociai**s. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 16. ed. Porto: Afrontamento, 2010.

SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e mídia**. *In* Direito e mídia (Coord.) São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2° ed., 3° triagem. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOARES, Ricardo Maurício. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.