

Recebido em: 21.04.2021
Aprovado em: 11.06.2021

Universidade Federal da Bahia
Brasil

Volume 2, Número 1,
Ano 2
2021

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

O Supremo Tribunal Federal em tempos de COVID-19: uma abordagem da decisão liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341 à luz de Carl Schmitt, Herbert Hart e Ronald Dworkin

The Federal Supreme Court in COVID-19 times: an approach to the limit decision in Direct Action of Unconstitutionality 6.341 in the light of Carl Schmitt, Herbert Hart and Ronald Dworkin

Jailce Campos e Silva ¹

Fábio Periandro de Almeida Hirsch ²

Sumário: 1. Introdução; 2. A teoria da decisão judicial; 2.1. A teoria inclusivista de Herbert Hart; 2.2. A teoria construtivista de Ronald Dworkin; 2.3. O diálogo entre Herbert Hart e Ronald Dworkin acerca do poder discricionário; 3. A atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em tempos de coronavírus; 3.1. ADI 6.341: uma abordagem à luz de Carl Schmitt, Herbert Hart e Ronald Dworkin; 4. Considerações finais; 5. Referências.

Resumo: Este artigo tem por finalidade propor uma reflexão acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.341, no tocante à restringibilidade de direitos fundamentais em razão do estado de exceção que se instalou no Brasil com a crise causada pela COVID-19, bem como à competência concorrente dos entes federados para legislar sobre as ações a serem adotadas para mitigação dos efeitos da pandemia, à luz das doutrinas “decisionismo institucionalista”, “inclusivista” e “construtivista” de Carl Schmitt, Herbert Hart e Ronald Dworkin, respectivamente, no tocante à discricionariedade das decisões judiciais na aplicação de princípios e regras para a validade jurídica.

Palavras-chave: Teoria da decisão; Estado de exceção; Princípios e regras; Discricionariedade judicial; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This article aims to propose a reflection on the decision of the Supreme Federal Court (STF) as a precautionary measure in the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) 6,341, with regard to the restrictibility of fundamental rights due to the state of exception installed in the Brazil with the crisis caused by COVID-19, as well as the competing competence of federated entities to legislate on the actions to be taken to mitigate the effects of the pandemic, in the light of the “institutionalist decisionism”, “inclusive” and “constructivist” doctrines of Carl Schmitt, Herbert Hart and Ronald Dworkin, respectively, regarding the discretion of judicial decisions in the application of principles and rules for legal validity.

Keywords: Decision theory; Exception status; Principles and rules; Judicial discretion; Federal Supreme Court.

¹ Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado. Pesquisadora do Grupo de Pesquisas Direitos e Deveres Fundamentais da Universidade Federal da Bahia. Advogada. E-mail: jailcecampos@hotmail.com

² Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal da Bahia. E-mail: academico@fabioperiandro.adv.br

1. Introdução

“O amor nos tempos do cólera” é um romance de Gabriel García Márquez que, além de focar um amor platônico com um final feliz, também retrata a sociedade colombiana no enfrentamento da doença cólera, no século XIX, que provocou o distanciamento das pessoas, assim como nos dias atuais de convivência com o coronavírus junto a seus medos, dúvidas e incertezas, transcendendo as relações pessoais e profissionais.

Esse quadro de incertezas tem levado à tomada de decisões por indivíduos, grupos sociais e autoridades políticas, tendo em vista a tensão político-jurídica decorrente das consequências da pandemia para a sociedade brasileira.

O que se vê é o notório estado de emergência, assim descrito por José Antonio Pérez Tapias³: “A situação é inédita, não apenas pela rápida cadeia de contágios da consequente doença de caráter gripal, mas também pelas medidas sanitárias decididas politicamente para buscar freá-la, com custosas consequências econômicas e sociais a longo prazo e por todo o planeta.”

A presente produção é fruto do Grupo de Pesquisas Direitos e Deveres Fundamentais, para a qual se utilizou da técnica bibliográfica com suporte em legislação, doutrina e jurisprudência, objetivando compreender a decisão em sede de medida cautelar do STF no julgamento da ADI 6.341, decorrente de notório estado de emergência pelo qual passa a sociedade brasileira em razão da COVID-19.

A decisão liminar do STF no julgamento da ADI 6.341 foi escolhida para estudo em razão do seu alcance sobre toda a sociedade brasileira no enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, considerando que, para garantia do direito fundamental de proteção à saúde, é preciso adotar medidas de restrição do direito individual de liberdade à locomoção.

Tem como fundamento teórico uma abordagem à luz das doutrinas de Carl Schmitt (decisionismo institucionalista), Herbert Hart (teoria inclusivista) e Ronald Dworkin (teoria construtivista) em relação à discricionariedade nas decisões judiciais diante da aplicabilidade de princípios e regras para a validade jurídica.

2. A Teoria da Decisão Judicial

Diante da tensão político-jurídica no contexto do estado de emergência causado pela COVID-19 no qual vive a sociedade brasileira, bem como da imprescindibilidade de estudo acerca de criação, fundamento e validade das normas jurídicas em meio à crise instalada pela pandemia, é que se volta a atenção em torno da aplicabilidade do direito por meio das decisões judiciais para garantia dos direitos fundamentais.

Lênio Luiz Streck⁴ suscita “a ‘questão da decisão’ como um problema de validade do discurso jurídico” diante da crítica inapropriada à hermenêutica filosófica de não

3 PÉREZ TAPIAS, José Antonio. Entre o risco e o medo, a biopolítica em alta. Instituto Humanitas UNISINOS, 17 mar. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597147-entre-o-risco-eo-medo-a-biopolitica-em-alta>. Acesso em: 05 jul. 2020.

4 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. Valparaíso/Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, p. 578, 2º semestre de 2013.

ter “possibilitado a formação (normativa) de uma teoria da validade da compreensão”. Para o autor, urge a necessidade de debater a teoria da decisão, “o que implica discutir o problema da validade daquilo que se compreende e explicita na resposta”.

Para esta pesquisa, recorreu-se ao pensamento jurídico de Carl Schmitt, clássico jurista considerado o “pai do decisionismo” que, em sua obra *Lei e juízo*. Um exame do problema da práxis jurídica (1912), analisou a decisão judicial como elemento da práxis jurídica, ou seja, a aplicação do direito no campo da interpretação.

Todavia, na obra *Teologia política* (1922), definiu que soberania é a decisão no estado de exceção para validade de todo o ordenamento jurídico, atribuindo ao estado de exceção um conceito-limite como “um conceito da esfera extrema”, que não se encaixa num “caso normal, mas ao caso limítrofe”⁵. Nesse sentido, desloca-se do campo da interpretação jurisdicional para o campo da criação do direito e validade jurídica.

Para explicar o direito, Carl Schmitt explora o conceito de exceção vinculando-o ao conceito-limite, no sentido de extremo, pois considera que “uma norma geral, como é apresentada pelo princípio jurídico normalmente válido, jamais pode compreender uma exceção absoluta e, por isso, também, não pode fundamentar, de forma completa a decisão de um caso real, excepcional”⁶.

Carl Schmitt⁷ esclarece que o caso excepcional é “aquele caso não circunscrito na ordem jurídica vigente”, é descrito como uma situação de emergência limítrofe, que não é reconhecido. Na visão do jurista, em um contexto de emergência, não existe uma norma aplicável. É preciso que o soberano, aquele que decide sobre o estado de exceção, estabeleça uma ordem para dar sentido ao ordenamento jurídico.

A análise da teoria decisionista schmittiana revela um elo entre soberania e estado de exceção para validar o ordenamento jurídico a partir de uma ordem. Em um estado de exceção, o ordenamento jurídico precedido legitima o soberano a suspender ou não as garantias constitucionais e os direitos fundamentais. Na concepção de Henrique Garbellini Carnio⁸, ocorre uma inversão no estado de exceção para a aplicação das normas. “[...] o estado de exceção é um vácuo normativo que não deve ser considerado pelo jurista como um pressuposto – uma condição lógico-transcendental –, mas uma condição extraordinária que precede a ordem.”

Na análise de Ronaldo Porto Macedo Júnior⁹, Carl Schmitt define o decisionismo jurídico “como reconhecimento da pressuposição da existência de uma decisão soberana fundadora de uma ordem jurídica”. O fundamento jurídico é uma decisão

5 SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7.

6 SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7.

7 SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 8.

8 CARNIO, Henrique Garbellini. Para uma crítica da forma jurídica. São Paulo, *Revista de Direito Privado*, v. 58, p. 5, abr./jun., 2014.

9 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt*. São Paulo, *Lua Nova*, n. 42, p. 119, 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000300005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 04 ago. 2020.

soberana que põe fim ao caos. Lênio Luiz Streck¹⁰ contrapõe a teoria do decisionismo ao afirmar que “a norma jurídica só será válida se puder ser subsumida a outra – de nível superior – que lhe ofereça um fundamento de validade”, cuja aferição é feita a partir de uma estrutura escalonada das normas jurídicas e não a partir de uma decisão soberana como defende Schmitt.

Fazendo uma análise das três formas do pensamento jurídico difundidas por Schmitt -normativista, decisionista e institucionalista - é possível perceber que o filósofo promove uma mudança em seu pensamento, adotando como pensamento jurídico ideal o institucionalismo somado ao decisionismo. Para o autor, o “normativista” puro se fundamenta em normas impessoais; enquanto que o “decisionista”, em decisão pessoal e o “institucionalista”, em decisão suprapessoal.

Em 1922, Carl Schmitt¹¹ distingue os dois primeiros fundamentos – norma e decisão – considerando o ordenamento (normativista) como algo derivado da decisão (decisionista) ao afirmar que “a ordem jurídica, como toda ordem, repousa em uma decisão e não em uma norma”. Frise-se, portanto, o caráter volitivo do soberano, a quem compete a decisão em uma situação de crise.

Mais uma vez, destaque para a percepção de Ronaldo Porto Macedo Júnior¹² ao esclarecer que Schmitt descreve o jurista decisionista como aquele para quem a fonte do direito não é o comando (lei) em si, mas a decisão soberana tomada juntamente com o comando. Percebe-se, aqui, uma limitação da discricionariedade do juiz do tipo decisionista.

Já em 1934, o filósofo altera este pensamento, que passa a ser fundado no “pensamento da ordem concreta”, que transmuta do caráter volitivo do soberano para o caráter volitivo social através das instituições. Antes, o soberano tinha o monopólio da decisão última; agora, o fundamento do direito e da soberania se baseia nas instituições sociais. Ocorre, portanto, a democratização da soberania diante da substituição da vontade do soberano pela vontade social. Conforme Ronaldo Porto Macedo Júnior¹³ descreve, “[...] agora as instituições também são fontes da ‘Auctoritas’”.

Para compreensão do pensamento jurídico institucionalista defendido por Schmitt, é mister discorrer sobre o conceito de “ordem concreta” ou “instituições sociais”, o qual está diretamente ligado ao conceito de normalidade, pois “Nós sabemos que cada ordenamento - também o ‘ordenamento jurídico’ - é ligado a conceitos de normalidade que não são derivados de normas gerais mas, ao contrário, produzem eles mesmos tais normas, somente com base na sua própria ordem e em

10 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. Valparaíso/Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, p. 579, 2º semestre de 2013.

11 SCHMITT, Carl. Teologia política. Tradução de Elisete Antoniuk; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 11.

12 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt. São Paulo, Lua Nova, n. 42, p. 119, 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000300005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 04 ago. 2020.

13 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt. São Paulo, Lua Nova, n. 32, p. 209, abr. 1994. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100011&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 25 jul. 2020.

função da mesma”¹⁴.

Nesse processo de democratização da decisão soberana, fundamentado no pensamento jurídico institucionalista, surge um novo modelo do decisionismo schmittiano. “Schmitt reconhece que o fundamento do direito e da soberania não é mais a decisão soberana de um poder político superior, mas sim está baseado nas instituições, as quais, por sua vez, remetem à uma instituição das instituições que não é mais necessariamente o Estado, mas pode ser o Estado, o Movimento e o Povo”¹⁵.

Importante ressaltar, novamente, que este novo modelo do decisionismo difundido por Schmitt já se dá em meio à normalidade, tendo em vista que, para o filósofo, não há norma aplicável em meio ao caos, sendo imprescindível o estabelecimento de uma ordem para se dar sentido ao ordenamento jurídico. Embora seja perceptível o processo de democratização da decisão soberana, passando do voluntarismo do soberano para a vontade social, na concepção de Schmitt a decisão do soberano é o ponto de partida da instauração de uma ordem em meio ao caos, a fim de que as instituições possam atuar autonomamente. Nesta atuação, resta demonstrada a vontade institucional.

2.1 A Teoria Inclusivista de Herbert Hart

Em sua obra *O conceito de direito* (1961), o filósofo Herbert Lionel Adolphus Hart inicia com a seguinte indagação: “O que é o direito?”. Neste estudo, são retratadas algumas proposições analisadas por Hart para resposta ao seu questionamento acerca da definição de direito.

Hart privilegia o significado das palavras na proposição de variadas análises acerca do conceito de direito, argumenta que tal definição não demonstra, por exemplo, a diferença entre “ser obrigado” e “ter uma obrigação”.

Com relação ao conceito de obrigação, considera que “uma regra válida de direito difere de uma predição sobre o comportamento de funcionários”¹⁶, pois vincula a obrigação à existência de uma regra, o que implica, na observação de regras sociais, que o direito ou outra forma de estrutura social devam ser compreendidos com base em questões “interna” e “externa”, respectivamente, participante e observador.

Quanto ao ordenamento jurídico, Hart o define como um conjunto de regras, classificando-o em regras primárias e regras secundárias. Estas se subdividem em regras de reconhecimento, regras de alteração/modificação e regras de adjudicação.

As regras primárias dizem respeito às obrigações de fazer, não fazer ou omitir ações, ou seja, impõem aos indivíduos deveres positivos e negativos. No entanto, considera as regras secundárias como aquelas que permitem a criação das regras

14 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt. São Paulo, Lua Nova, n. 32, p. 212, abr. 1994. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100011&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 25 jul. 2020.

15 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt. São Paulo, Lua Nova, n. 32, p. 208, abr. 1994. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100011&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 25 jul. 2020.

16 HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 1.

primárias, a exemplo de regras que estabelecem competências.

Uma das condições necessárias à existência do direito que o autor revela é a regra de reconhecimento e a validade jurídica, fundamentos de um sistema jurídico que consistem na obediência costumeira da maioria dos componentes de um grupo social às ameaças de soberanos ou pessoas, embora considere ser esta teoria incapaz de explicitar o sistema jurídico interno.

Por outro lado, aprecia a importância de analisar a regra de reconhecimento e a validade jurídica em uma situação social complexa para que “uma regra secundária de reconhecimento seja aceite e utilizada para a identificação das regras primárias de obrigação”¹⁷, podendo ser designada como fundamento de um sistema jurídico.

Afirma que, em um sistema jurídico simples, a aceitação de regra de reconhecimento por indivíduos e autoridades possibilita a identificação de regras primárias, a exemplo de “referência a um texto dotado de autoridade; ao acto legislativo; à prática consuetudinária; às declarações gerais de pessoas determinadas ou a decisões judiciais proferidas em casos concretos”. Segundo o jurista, a sua manifestação se dá na “prática geral”¹⁸.

Todavia, assevera que, no sistema jurídico moderno, em cuja estrutura há variadas fontes do direito, a regra de reconhecimento torna-se, também, mais complexa, pois “os critérios para identificar o direito são múltiplos e comumente incluem uma constituição escrita, a aprovação por uma assembleia legislativa e precedentes judiciais”¹⁹, ou seja, surgem da legiferância ou das decisões judiciais que estruturam os precedentes.

Na leitura de Lênio Luiz Streck²⁰ acerca da formulação do fundamento do ordenamento jurídico, “o que determina a validade do direito em Hart é a compatibilização - dedutivista, evidentemente - das regras que determinam obrigações (primárias) com as regras secundárias”.

Ante os critérios para a existência de regras de reconhecimento - simples e complexas - traz, por sua vez, a distinção entre a “subordinação relativa” e a “noção de derivação” de um critério em relação ao outro, visando esclarecê-la no tocante à produção legiferante.

Herbert Hart²¹ explicita que, em um sistema jurídico, no qual “o costume e o precedente estão subordinados à legislação, dado que as regras consuetudinárias e de common law podem ser privadas do seu estatuto jurídico por uma lei parlamentar”, há, portanto, uma relação de subordinação relativa, assim como garante uma independência em face da aceitação de uma regra de reconhecimento porque tal estatuto de direito não se submete ao poder subjacente legislativo.

17 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 111.

18 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 111.

19 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 112.

20 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. Valparaíso/Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, p. 577-601, 2º semestre de 2013. p. 580.

21 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 112.

Ressalta que a regra de reconhecimento, que subsiste de forma complexa, ou seja, baseada em critérios múltiplos, manifesta-se na prática geral, que é o critério para a regra de reconhecimento pelos indivíduos na forma simples em relação ao direito estatuído sem a restrição imposta pelo Poder Legislativo.

Nesse sentido, Herbert Hart²² afirma que “Na maior parte dos casos a regra de reconhecimento não é enunciada, mas a sua existência manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores”. É baseado neste sistema de regras que o autor suscita o entendimento de que “há a possibilidade de conflito entre estas aplicações da regra dotadas de autoridade e a compreensão geral do que a regra claramente exige segundo os seus termos”²³.

Primeiramente, parte da premissa de que o uso de tais regras se caracteriza sob dois aspectos: “interno” e “externo”. Do ponto de vista interno, o uso se dá “pelos tribunais e outras entidades de regras de reconhecimento não afirmadas, para identificar as regras concretas do sistema”²⁴. Os usuários internos expressam, por meio de suas condutas, o aceite das regras como a sua própria regra de orientação, diferentemente das expressões usuais do ponto de vista externo ao identificar uma regra em um sistema jurídico, na qual envolve um observador, que, em seu registro, “ele próprio não as aceita”²⁵.

Em sua ponderação, o autor²⁶ vê, nas condutas dos usuários internos e externos do sistema jurídico, formas de expressão que denomina de “afirmação interna” e “afirmação externa”. Na afirmação interna, o indivíduo sabe da existência da regra de reconhecimento no sistema, aceita e aplica sem questionar a sua validade. Na afirmação externa, o observador sabe da existência de uma regra de reconhecimento no sistema, porém, não a aceita e profere que outros indivíduos a acolhem. Herbert Hart²⁷ alerta para a importância de considerar a diferenciação entre tais afirmações - o aceite da regra pelos usuários internos e a declaração do observador de que a regra é aceita por outrem - a fim de clarificar a noção de validade jurídica, considerando que “a afirmação de que uma regra concreta é válida significa que ela satisfaz todos os critérios facultados pela regra de reconhecimento”.

Daí surge a ideia de validade jurídica ao refletir sobre a relação entre a validade e a eficácia do direito. Neste aspecto, o autor expõe uma condicionante ideia de eficácia em relação à regra do direito. Por um lado, “não vê relação necessária entre a validade de uma regra concreta e a sua eficácia” quando uma regra de direito, que exige determinada conduta, é, na maior parte das vezes, cumprida. Em outro sentido,

22 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 113.

23 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 113.

24 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 113.

25 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 114.

26 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 114.

27 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 114.

condiciona tal relação se houver a inclusão entre os critérios de reconhecimento do sistema de que “a disposição (por vezes referida como regra de desuso) de que nenhuma regra é considerada como regra do sistema se tiver cessado há muito de ser eficaz”²⁸.

Uma vez obedecida certa regra concreta na maior parte das vezes, prescinde relacionar a sua validade à sua eficácia; a não ser que esteja inserida na regra de reconhecimento do sistema que a sua exclusão ocorrerá por perda da sua eficácia.

Como em sua obra Herbert Hart analisa várias proposições para definir o conceito de direito, não o é diferente para argumentar acerca da validade jurídica das regras do sistema. Afirma que é inútil aplicar um sistema de regras ineficaz, diante da inobservância geral das regras do sistema, deixando de ser eficaz por não se estabelecer no sistema jurídico ou por não mais existir para o grupo. Consequentemente, desnecessário avaliar os direitos e deveres dos indivíduos à luz das regras primárias e das regras de reconhecimento.

Outra reflexão importante trazida é a relação entre direito e moral. Hart²⁹ difunde o argumento acerca de uma separação entre o direito e a moral e sua relação com a validade jurídica, revelando que “Há muitos tipos diferentes de relação entre o direito e a moral e a relação entre eles não pode ser isolada com proveito para efeitos de estudos”, sendo importante distinguir algumas diferenças para afirmar ou negar tal relação.

Assevera a separação entre o direito e a moral ao longo da história porque “não pode seriamente discutir-se que o desenvolvimento do direito, em todos os tempos e lugares, tem de facto sido profundamente influenciado, quer pela moral convencional, quer por ideais de grupos sociais particulares [...]”³⁰.

Como forma de justificar uma proposição diferente, também apresenta a assertiva no sentido de que “um sistema jurídico deve mostrar alguma conformidade específica com a moral ou justiça, ou deve repousar sobre uma convicção amplamente difundida de que há uma obrigação moral de lhe obedecer”³¹. Embora o autor possibilite ser verdadeira esta proposição, não considera que surjam daí “que os critérios de validade jurídica de leis concretas, usadas num sistema jurídico, devam incluir, de forma tácita, se não explícita, uma referência à moral ou justiça”³².

Lênio Luiz Streck³³ assevera que “tanto a separação como a dependência/vinculação entre direito e moral estão ultrapassadas”. O autor, portanto, justifica a sua assertividade porque “a moral regula o comportamento interno das pessoas, só

28 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 115.

29 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 201.

30 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 201.

31 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 201.

32 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 201.

33 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. Valparaíso/Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, p. 577-601, 2º semestre de 2013. p. 598.

que esta ‘regulação’ não tem força jurídico-normativa. O que tem força vinculativa, cogente, é o direito, que recebe conteúdos morais (apenas) quando de sua elaboração legislativa”.

Defensor do Positivismo Jurídico, Herbert Hart³⁴ atenta para o seu significado, afirmando que “não é em sentido algum uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas exigências da moral, embora de facto o tenham frequentemente feito”. Ante esta afirmação, explica que a rejeição ao Positivismo Jurídico ocorre porque “há certos princípios de conduta humana, que esperam a descoberta pela razão humana, com os quais o direito feito pelos homens se deve conformar para ser válido”³⁵. É esta justificativa que levará à análise desta forma de relacionar o direito e a moral.

Herbert Hart³⁶ traz em seu ensaio a sociologia descritiva³⁷ quando frisa que “a existência de um sistema jurídico é um fenômeno social”, em cuja realidade é preciso analisar as atitudes e comportamentos que “implicam na aceitação voluntária” e “mais simples envolvidos na pura obediência ou aquiescência”, reconhecendo, assim, o caráter sociológico da regra de reconhecimento.

Para o pensamento hartiano, a criação, manutenção e revogação das normas jurídicas surgem como regras sociais nos sistemas jurídicos democráticos, sujeitas à aceitação ou negação por parte dos indivíduos. Assim ratifica a ideia de Herbert Hart³⁸ apresentada a respeito de uma sociedade com direito, a qual “abrange os que encaram as suas regras de um ponto de vista interno, com padrões aceites de comportamento, e não com predições fidedignas do que as autoridades lhes irão fazer, se desobedecerem”.

Daí ser possível trazer à discussão a sua corrente inclusivista, pois, considerando um sistema de regras justo e fidedigno aos interesses de indivíduos que o aceitam, é possível manter a lealdade da maior parte dos que pertencem ao ambiente interno, para que não se converta em um sistema exclusivista, no qual predominam os interesses de um grupo dominante.

Embora não ignore o conceito restrito para fins de estudos, o desafio para Herbert Hart³⁹, em seu ensaio, é apresentar o conceito mais amplo de direito, que remete a um sistema de regras primárias e secundárias outrora descritas neste artigo, pois considera como direito “todas as regras que são válidas de harmonia com os testes formais de um sistema de regras primárias e secundárias, mesmo se algumas

34 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 202.

35 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 202.

36 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 217.

37 Segundo Lakatos, a sociologia descritiva “Investiga os fenômenos sociais no plano de sua manifestação concreta, procurando captar os elementos e os fatores sociais nas próprias condições reais em que eles operam”. LAKATOS, Eva Maria. Sociologia geral. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1990. p. 24. Disponível em: https://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/cc_ead/sociologia_geral_lakatos_eva_maria.pdf. Acesso em: 11 jul. 2020.

38 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 217-218.

39 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 225-226.

delas ofenderem a própria moral de uma sociedade ou aquilo que podemos sustentar ser uma moral esclarecida ou verdadeira”.

Por ora, o conceito restrito de direito se resume à exclusão das “regras moralmente ofensivas”. Herbert Hart, defensor do Positivismo Jurídico, usa da argumentação para defender a separação entre direito e moral e sua relação com a validade jurídica, cujo critério não é moral. Para o autor, o sistema jurídico consiste em regras e regra de reconhecimento, que levam o Judiciário a aceitá-las e aplicá-las, conferindo-lhes validade.

2.2 A Teoria Construtivista de Ronald Dworkin

Em sua obra *Levando os direitos a sério* (1977), Ronald Myles Dworkin decidiu pela crítica ao positivismo jurídico defendido por Hart, reconhecendo o posicionamento refinado deste em razão de sua clareza e elegância ao fazer uma análise das suas concepções.

Ronald Dworkin considera importantes dois posicionamentos de Hart: a distinção entre regras primárias e secundárias e a análise geral das regras, o que leva a reconhecer que a visão de Hart acerca do positivismo é mais complexa que a de outros juristas.

Assim como Herbert Hart, Ronald Dworkin⁴⁰ suscitou questionamentos acerca dos conceitos de “direito” e “obrigação”. Analisou a visão dos nominalistas, para os quais esses conceitos “são mitos, inventados e mantidos pelos juristas em nome de uma sombria mistura de motivos conscientes e inconscientes”.

A definição de mito dos juristas nominalistas, em sua “teoria mecânica do direito”, é vista por Ronald Dworkin⁴¹ como infrutuosa, pois este acredita que “De fato, ao perguntarmos que é o direito e o que são as obrigações jurídicas, estamos pedindo uma teoria sobre como utilizar esses conceitos e sobre os compromissos conceituais que o seu uso implica”, pois os considera enraizados na estrutura das práticas políticas e não narrativas no campo da simbologia e imaginação.

Ao examinar o positivismo jurídico, Ronald Dworkin⁴² acredita que “O positivismo possui como esqueleto algumas poucas proposições centrais e organizadoras”.

Para a sua compreensão, o autor entende que tais proposições expõem uma posição geral, a saber: a) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras utilizado para punir ou coagir um comportamento pelo poder público; b) há coextensão entre o conjunto de regras e o direito; c) a obrigação jurídica positiva ou negativa está relacionada à existência de uma regra jurídica válida. Nota-se que as proposições centrais e organizadoras que dão forma ao esqueleto do positivismo idealizado por Ronald Dworkin dizem respeito às regras, ao direito e à obrigação jurídica.

No tocante às regras, estas podem ser identificadas ou distinguidas com a

40 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 25 (Justiça e direito)

41 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 25-26 (Justiça e direito)

42 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27 (Justiça e direito)

adoção de testes, que o autor denomina de “testes de pedigree”, para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas incertas e, até mesmo, de outras regras sociais.

A coextensão do conjunto de regras com o direito diz respeito à necessária conformação da cobertura de uma regra sobre determinada conduta, para que haja a aplicação do direito pela autoridade pública (juiz), caso contrário, esta autoridade não poderá decidir o caso por meio da aplicação do direito e, sim, por meio do seu discernimento pessoal, “o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente”⁴³.

Paralelo a esta coextensão da regra com o direito está a obrigação jurídica. Para o autor⁴⁴, “Dizer que alguém tem uma ‘obrigação jurídica’ é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa”. Afirma, pois, que não havendo regra jurídica válida, não haverá obrigação jurídica.

Ao analisar o conceito de direito difundido por Herbert Hart, para quem as comunidades primitivas possuem apenas regras primárias, que são obrigatórias em razão de conduta que denota aceitação, Ronald Dworkin⁴⁵ assevera que essas comunidades não possuem direito, “pois, nesse caso, não há maneira de distinguir um conjunto de regras jurídicas de outras regras sociais, como exige o primeiro princípio do positivismo”, ou seja, o conhecimento científico como forma de conhecimento válido.

O pensamento dworkiniano leva à assertiva de que o desenvolvimento de uma regra secundária por uma comunidade, que possibilite como identificar as regras jurídicas, resulta no surgimento de um conjunto específico de regras jurídicas válidas juntamente com a ideia de direito. É nestas circunstâncias que surge o conceito de validade na visão de Ronald Dworkin⁴⁶: “regras obrigatórias que tiverem sido criadas de acordo com uma maneira estipulada por alguma regra secundária são denominadas regras ‘válidas’”.

Ronald Dworkin⁴⁷ coaduna com Herbert Hart, que denomina a regra secundária fundamental de “regra de reconhecimento”, ao afirmar que “A regra de reconhecimento é a única regra em um sistema jurídico cuja obrigatoriedade depende de sua aceitação” e, para conhecê-la, faz-se necessário atentar para a conduta dos indivíduos e funcionários públicos no tocante à aceitação da validade de uma regra.

Na análise de Lênio Luiz Streck⁴⁸, na descrição do ordenamento jurídico Hart

43 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 28 (Justiça e direito)

44 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 28 (Justiça e direito)

45 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 33 (Justiça e direito)

46 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 33 (Justiça e direito)

47 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 34 (Justiça e direito)

48 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. Valparaíso/Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, p. 580, 2º semestre de 2013.

identifica “a existência de dois tipos distintos de regras (normas): as primárias e as secundárias” cuja compatibilização determina a validade do direito; para Ronald Dworkin, há uma única regra denominada de “regra secundária fundamental” – que rompe com a necessidade de demonstração da validade e se baseia em critérios de aceitação para determinação de seu fundamento: trata-se da chamada regra de reconhecimento”.

Ronald Dworkin foca em Herbert Hart para atacar o positivismo ao tratar da forma como os juristas pensam sobre direitos e obrigações jurídicas no contexto de casos considerados difíceis (hard cases). Para o autor⁴⁹, neste contexto, os juristas buscam padrões, como os princípios, as políticas e outros tipos de padrões, “que não funcionam como regras, mas operam diferentemente”.

Para isso, argumenta o ataque ao positivismo no sentido de que “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”, padrões estes que Ronald Dworkin⁵⁰ denomina de princípios, políticas e outros tipos de padrões.

Por “política” entende ser um padrão que “estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. Por “princípio” considera um padrão “porque é uma exigência de justiça e equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”⁵¹.

Continuando a sua crítica ao positivismo, Ronald Dworkin foca na distinção entre princípios e regras. Embora esses dois padrões apontem para decisões particulares referentes à obrigação jurídica em circunstâncias peculiares, a distinção está no direcionamento que oferecem à decisão.

Define o autor⁵² que “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”, as quais podem ser válidas ou não. Se válidas, são aceitas; não sendo válidas, não há por que falar em concorrer para uma decisão. Sua tese para aplicação das regras nessas circunstâncias se baseia no modo de funcionamento das regras, a qual, já preestabelecida, deve ser cumprida e, mesmo diante de possíveis exceções que lhes são peculiares, é imprescindível o seu enunciado juntamente com as exceções para o alcance de sua plenitude.

Ressalta Daniela R. Ikawa⁵³ que a regra aplicada às regras não se aplica aos princípios: “[...] a regra social não funciona para princípios, [...], a idéia de validade ou invalidade que acompanha a regra social de reconhecimento não é, segundo Dworkin, aplicável a princípios, pois enquanto aquela perfaz uma idéia categórica, de tudo-ou-nada, os princípios portam peso.”

49 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36 (Justiça e direito)

50 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36 (Justiça e direito)

51 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36 (Justiça e direito)

52 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39 (Justiça e direito)

53 IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade. São Paulo, Lua Nova: revista de cultura e política, n. 61, 2004. p. 110.

A teoria dworkiniana defende que não há uma interdependência entre a regra de reconhecimento e os princípios, devendo ser abortada a teoria positivista tendo em vista a existência dos princípios.

Para Ronald Dworkin⁵⁴, o intercruzamento entre duas regras propicia a invalidade de uma para que a outra seja adotada, ou seja, “uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior”. Por outro lado, o intercruzamento de dois princípios leva à sua ponderação, considerando que “aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”. O autor⁵⁵ ressalta que a possibilidade de não ponderação das regras se dá por estas não possuírem as dimensões “peso” e “importância” que integram os princípios.

Há a possibilidade de ponderá-las, adotando técnicas que conduzem à escolha de uma regra em detrimento de outra na aplicação do direito, pois “Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes”⁵⁶.

Assim considera o autor⁵⁷ que, diante de um conflito, a técnica de escolher uma regra em detrimento de outra se faz “recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras”, inclusive ser sustentada por princípios.

Nesse diapasão, Willis Santiago Guerra Filho⁵⁸ destaca que, diante de um conflito de regras, resolve-se pela invalidade de uma delas, enquanto a possibilidade de colisão entre princípios resulta em privilegiar um princípio, mas não detrair o outro. Ademais, ressalta que, na possibilidade de colisão entre regra e princípio, este prevalece.

Ronald Dworkin considera que regras e princípios são padrões que podem desempenhar papéis semelhantes. A diferença pode estar na sua forma e direcionamento que dá à decisão.

Contrário ao argumento defendido pelos positivistas de que os princípios, embora obrigatórios, não preceituam um resultado particular, Ronald Dworkin⁵⁹ ressalta que “quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva”.

Por ora, não há se falar em princípios sem fazer menção a casos difíceis (hard cases) que, na contemporaneidade, têm demandado o Judiciário para solução de conflitos políticos, sociais ou ambientais.

Ronald Dworkin⁶⁰ é defensor de que, nestes casos, “os princípios desempenham

54 DWORNIK, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42-43 (Justiça e direito)

55 DWORNIK, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43 (Justiça e direito)

56 DWORNIK, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43 (Justiça e direito)

57 DWORNIK, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43 (Justiça e direito)

58 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma teoria fundamental da Constituição: enfoque fenomenológico. 2011. p. 7. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020.

59 DWORNIK, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 57 (Justiça e direito)

60 DWORNIK, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 46 (Justiça e direito)

um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direito e obrigações jurídicos particulares”. O seu argumento configura um raciocínio lógico dedutivo, no sentido de que não existe regra antes de prolatar uma decisão no caso concreto; o juiz utiliza os princípios para motivar a adoção e aplicação de uma nova regra, conseqüentemente, concedendo uma nova interpretação da lei.

Assim como os princípios fundamentam os argumentos que sustentam as decisões, também o é nas obrigações jurídicas. Ronald Dworkin⁶¹ orienta que juízes, na tomada de decisões sobre obrigações jurídicas, devem considerar que “podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei”, assim como “podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são”.

Nota-se que o autor reflete sobre o exercício da discricionariedade do juiz ao motivar suas decisões em regras e princípios, reconhecendo a sua obrigatoriedade ou não na aplicação do direito.

No entanto, Ronald Dworkin⁶² adverte para as conseqüências dessas escolhas no âmbito das obrigações jurídicas no tocante à escolha da abordagem certa das regras, a fim de saber qual abordagem - “aceitar” ou “adotar” - retrata um modo mais preciso da situação social. O autor opta pela seguinte abordagem: “se os juízes simplesmente ‘adotam a regra’ de não reconhecer como válidos certos contratos, então não podemos dizer, antes da decisão ocorrer, que alguém ‘tem direito’ a esse resultado”. Esta abordagem não pode servir de motivação para uma decisão judicial.

Paralelo a estas abordagens das regras há o embate aos princípios com base em duas alternativas: “a primeira alternativa trata os princípios como obrigatórios para os juízes, de tal modo que eles incorrem em erro ao não aplicá-los quando pertinente” e a “segunda alternativa trata os princípios como resumos daquilo que os juízes, na sua maioria, ‘adotam como princípios’ de ação, quando forçados a ir além dos padrões aos quais estão vinculados”⁶³. Ronald Dworkin levanta a questão para o caso de a escolha entre essas abordagens, no julgamento de casos difíceis (hard cases), atingir ou determinar se o juiz está aplicando direitos e obrigações jurídicos preexistentes.

Na primeira abordagem, considera que “como esses juízes estão aplicando padrões jurídicos obrigatórios, estão também aplicando direitos e obrigações jurídicos” e, na segunda abordagem, a escolha configura “um ato de poder discricionário do juiz”⁶⁴

A respeito do poder discricionário do juiz, em seguida será apresentado o posicionamento do positivismo discricionarista de Herbert Hart acerca da criação de uma nova norma, quando o juiz, em um caso concreto, estiver diante de uma

61 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 46-47 (Justiça e direito)

62 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 48 (Justiça e direito)

63 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 48-49 (Justiça e direito)

64 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 49 (Justiça e direito)

regra que não se mostra clara. Outrossim, discorrerá a teoria defendida por Ronald Dworkin sobre o poder discricionário na tomada de decisões baseadas em padrões estabelecidos por uma autoridade para escolher uma entre várias alternativas.

2.3 O Diálogo Entre Herbert Hart e Ronald Dworkin Acerca do Poder Discricionário

A discricionariedade do juiz está no centro das teorias defendidas por Herbert Hart (teoria inclusivista) e Ronald Dworkin (teoria construtivista), fundamentada na distinção entre princípios e regras no tocante à integralidade ou não das leis e à existência de regras sociais e regras de reconhecimento.

Herbert Hart⁶⁵ se coloca como um positivista moderado e reconhece que as leis exigem interpretação para aplicação no caso concreto, tendo em vista a “textura aberta do direito”, para quem significa “áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso”.

No exercício de interpretação das leis, a escolha dos juízes “é guiada muito frequentemente pela consideração de que a finalidade das regras que estão a interpretar é razoável, de tal forma que não se pretende com as regras criar injustiças ou ofender princípios morais assentes”⁶⁶, principalmente nos casos de aspectos constitucionais, nos quais envolvem valores morais e não apenas um único princípio moral sobressalente.

Para Roberto Bueno⁶⁷, na visão de Herbert Hart, o juiz, no exercício do poder discricionário, só deve interferir para dar significado à norma, tendo em vista a sua textura aberta. “O que Hart denomina poder discricionário do intérprete e aplicador do direito intervém quando se faz necessário determinar o significado da norma jurídica que se encontre marcado em sua contribuição pela textura aberta (open texture).”

Na teoria dworkiniana, o conceito de poder discricionário é relativo e a resposta é dada pelo contexto em geral, ou seja, “quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade”⁶⁸.

É mister trazer à reflexão o questionamento acerca dos limites da interpretação de Lênio Luiz Streck⁶⁹, que apresenta duas posturas para “alçar a necessidade desse controle à categoria de princípio basilar da hermenêutica jurídica”. Primeiramente, discorre sobre “a rejeição da negligência do positivismo ‘legalista’ para com o papel

65 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 148.

66 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 220.

67 BUENO, Roberto. Hart e o positivismo jurídico. Em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do direito. Brasília, Revista de Informação Legislativa, v. 47, n. 186, p. 285, abr./jun. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198686>. Acesso em: 20 jul. 2020.

68 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 50 (Justiça e direito)

69 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. Valparaíso/Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, p. 594-595, 2º semestre de 2013.

do juiz” e “a ‘descoberta’ das diversas correntes realistas e pragmatistas que se coloca(ram) como antítese ao exegetismo das primeiras”⁷⁰.

Para o autor⁷¹, a contraposição nessas posturas está ultrapassada, se relacionada ao surgimento de várias teses que “construíram um modelo interpretativo calcado em procedimentos, cuja função é(ra) descobrir os valores presentes (implícita ou explicitamente) no novo direito, agora ‘evado de princípios e com textura aberta’”.

Diferentemente da postura positivista, as posturas subjetivistas “redundaram em um fortalecimento do protagonismo judicial”, segundo Lênio Luiz Streck⁷², para quem fragiliza o papel da doutrina diante da reprodução das decisões dos tribunais, inclusive nos aspectos conceituais e, conseqüentemente, sacrificando os fatos e esquecendo o mundo prático a partir da “jurisprudência dos conceitos”.

Retomando a reflexão sobre divergência e convergência entre Hart e Dworkin acerca da discricionariedade ou não dos juízes nos casos difíceis (hard cases), importa apresentar três acepções para o emprego do termo discricionariedade, sendo duas em sentido fraco e uma em sentido forte na visão de Ronald Dworkin.

Considera o autor que as duas primeiras acepções para a utilização do termo discricionariedade se encaixam em um sentido fraco, a saber: “[...], por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar”; a segunda “[...] algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário”⁷³.

Ambos os juristas se convergem na ideia de que estas duas escolhas perfazem uma discricionariedade em sentido fraco. Ronald Dworkin⁷⁴ assim os define para distinguir do sentido mais forte porque o uso da expressão “poder discricionário”, às vezes, se dá “para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão”.

O autor⁷⁵ esclarece que, embora o funcionário (juiz) recorra a padrões de bom senso e equidade, “a sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário”. É baseado nesta liberdade para o ato decisório que o jurista fala em “sentido forte do poder discricionário”⁷⁶. Ressalta, ainda, que o detentor de poder discricionário em um sentido forte pode ser criticado, mas não por desobediência, ou ter um erro apontado, mas não por excluir alguém do direito a uma decisão.

70 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. Valparaíso/Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, p. 594, 2º semestre de 2013.

71 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. Valparaíso/Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, p. 594-595, 2º semestre de 2013.

72 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. Valparaíso/Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, p. 595, 2º semestre de 2013.

73 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 51 (Justiça e direito)

74 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 52 (Justiça e direito)

75 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 53 (Justiça e direito)

76 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 54 (Justiça e direito)

Dito isto, Ronald Dworkin parte para analisar a doutrina positivista hartiana do poder discricionário, a qual afirma que não há poder discricionário diante de uma regra clara e disponível, e, com isso, testar a sua relação com os princípios que o jurista defende em sua teoria construtivista. Para os positivistas, o poder discricionário está relacionado à existência de regras válidas, diferentemente dos nominalistas que “argumentam que os juízes sempre possuem poder discricionário, mesmo quando o que está em pauta é uma regra clara, pois os juízes são, em última análise, os árbitros definitivos da lei”⁷⁷.

Em sua análise sobre o argumento de Hart a respeito do poder discricionário, Ronald Dworkin⁷⁸ chega à conclusão de que, no contexto em que o poder discricionário dos juízes está em jogo, não há se falar em vínculo a padrões, mas, sim, os padrões que os juízes “tipicamente empregam”. Nesse sentido, Ronald Dworkin compreende o pensamento de Herbert Hart no sentido de que “quando os juízes possuem poder discricionário, os princípios que eles citam devem ser tratados de acordo com a nossa segunda alternativa, como aquilo que os tribunais ‘têm por princípio’ fazer”.

Nisto Ronald Dworkin⁷⁹ vê convergência com o pensamento hartiano em relação aos princípios, que os trata como resumos do que os juízes adotam como princípio de ação, “para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão”.

Destaque para a importância devida aos princípios jurídicos fundamentais, na percepção de Willis Santiago Guerra Filho⁸⁰, quando, na necessidade de tratar uma ocorrência em consonância com o Direito vigente diante da inexistência de regra que a discipline, o autor explicita a necessidade de um desdobramento maior de aplicação dos princípios do que das regras: “A aplicação desses princípios, contudo, envolve um esforço muito maior do que a aplicação de regras, onde uma vez verificada a identidade do fato ocorrido com aquele previsto por alguma delas, não resta mais o que fazer, para se saber o tratamento que lhe é dispensado pelo direito.”

Ronald Dworkin⁸¹ pressupõe que, em dado momento, os positivistas conseguem enxergar a sua doutrina no sentido forte de poder discricionário. Percebe vantagem nisto para analisar os princípios em uma reestruturação da segunda alternativa, em que o juiz, no exercício do poder discricionário, não se vincula a padrões jurídicos previamente propostos por lei quando as regras à sua disposição se esgotam, ou seja, “os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes”.

Diante dessa desvinculação dos juízes a padrões jurídicos previamente propostos por lei para aplicar as regras, Ronald Dworkin questiona acerca de quando

77 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 54 (Justiça e direito)

78 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 55 (Justiça e direito)

79 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 52 (Justiça e direito)

80 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma teoria fundamental da Constituição: enfoque fenomenológico. 2011. p. 17. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020.

81 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 55 (Justiça e direito)

ocorre a permissão para um juiz modificar uma regra de direito vigente. Ressaltando a sua doutrina construtivista fundamentada nos princípios, estes não poderiam ser excluídos da resposta ao seu questionamento. Na sua compreensão, há dois critérios para justificar a mudança de uma regra de direito vigente.

Primeiramente há necessidade de o juiz considerar que a modificação de uma regra de direito favorecerá um princípio, embora considere que “não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo”⁸². Em segundo, diante da mudança de uma doutrina existente, há a necessidade de “levar em consideração alguns padrões que se opõem ao abandono da doutrina estabelecida; esses padrões são, na sua maior parte, princípios”⁸³.

Esses padrões consistem na doutrina da “supremacia do Poder Legislativo”, tendo em vista a deferência do Judiciário limitada pelos atos do Poder Legislativo; também na doutrina do precedente baseada na equidade e na eficiência com vistas à segurança jurídica.

Em se tratando de discricionariedade judicial, Ronald Dworkin⁸⁴conclui a sua doutrina afirmando que “se um jurista pensa o direito como um sistema de regras e ainda assim reconhece, como deve, que os juízes mudam regras antigas e introduzem novas, ele chegará naturalmente à teoria do poder discricionário judicial no sentido forte do termo”.

3 A Atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em Tempos de Coronavírus

No Sistema Judiciário Brasileiro, o STF é a última instância do processo decisório, a quem compete zelar pela Constituição Federal, bem como processar e julgar, originariamente, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), dentre outras ações, conforme dispõe o art. 102, inciso I e respectivas alíneas, da Constituição Federal/1988. Como guardião da Lei Fundamental, sua função consiste em limitar e regular a atuação do poder público, assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, o que, muitas vezes, confunde com uma atuação de legislador negativo quando não exerce a autocontenção judicial no cumprimento de sua função contramajoritária.

Sua atuação tem se destacado no contexto atual em meio à crise que se instalou com a pandemia causada pelo coronavírus, reconhecida pelas autoridades públicas a partir da Portaria nº 188/2020, que declara emergência em saúde pública de importância nacional, e da Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional. Considerando o estado de exceção em que se encontra a sociedade brasileira em razão da calamidade pública instalada no país, vários atos administrativos e normas que se sucederam nas esferas federal, estadual e municipal têm levado as autoridades públicas a imporem restrições a direitos fundamentais individuais em

82 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 60 (Justiça e direito)

83 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 60 (Justiça e direito)

84 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 62 (Justiça e direito)

prol da coletividade.

Este estudo se limita à análise sobre a competência para legislar em tempo de pandemia e as restrições de direitos fundamentais questionadas na ADI 6.341 proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) perante o STF, que argui a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 926/2020 e, por arrastamento, o Decreto nº 10.282/2020, que altera e regulamenta, respectivamente, a Lei nº 13.979/2020, dispendo sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, motivo pelo qual tem suscitado questionamentos acerca da sua constitucionalidade. Outrossim, este artigo propõe uma abordagem, à luz das teorias defendidas pelos filósofos Carl Schmitt, Herbert Hart e Ronald Dworkin, sobre a decisão monocrática proferida em medida cautelar na referida ação genérica de natureza objetiva e referendada pelo Tribunal Pleno daquela Casa.

3.1 ADI 6.341: Uma Abordagem à Luz de Carl Schmitt, Herbert Hart e Ronald Dworkin

Proposta pelo PDT, com fulcro no art. 102, I, a, da Constituição Federal, a ADI 6.341 tem como objetivo impugnar o art. 3º, caput, I, II e VI, §§ 8º, 9º, 10 e 11, da Medida Provisória nº 926/2020 e, por arrastamento, o Decreto nº 10.282/2020.

Parametrizado na Constituição Federal, o legitimado questiona a inconstitucionalidade formal pelo fato de Medida Provisória dispor sobre matéria reservada à Lei Complementar, assim como a inconstitucionalidade material por ofensa à autonomia federativa preceituada no art. 18 e subtração da competência administrativa comum dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disposta nos arts. 23, II, 198, I e 200, II, ambos do texto constitucional, demonstrando, nos autos, a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano (*periculum in mora*) com vistas à concessão de medida cautelar.

Em decisão cautelar referendada pelo Tribunal Pleno⁸⁵, o Ministro Marco Aurélio aferiu a pertinência ou não da suspensão da eficácia dos dispositivos que o PDT teve por objetivo impugná-los. Destacou a finalidade da MP nº 926/2020 para mitigar a crise voltada à coletividade, por se tratar de saúde pública, direito fundamental previsto na norma constitucional de competência administrativa comum (art. 23, II) e concorrente para legislar (art. 24, XII) entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Invocou, pois, a norma constitucional para reafirmar a competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios para edição de normas e atos administrativos relacionados ao direito de liberdade de ir e vir sopesado como direito à saúde, ambos de interesse de todos os cidadãos.⁸⁶

Tal decisão remete à percepção de Carl Schmitt, que vê a Constituição com uma das instituições de uma sociedade, considerando-a análoga à decisão soberana, ao

85 Plenário, 15.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

86 ADI 6.341, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 24/03/2020, Processo Eletrônico DJe-072. Divulgado em 25/03/2020. Publicado em 26/03/2020. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 9 ago. 2020.

afirmar que “enquanto o poder soberano é o poder dos poderes, a norma fundamental é a norma das normas”, conforme destaca Ronaldo Porto Macedo Júnior⁸⁷.

Em se tratando de competência, segundo o slogan schmittiano, “soberano é quem decide sobre o Estado de exceção”. Nesta senda, resta claro, para Gustavo Binimbojm, o ceticismo de Schmitt quanto à capacidade dos sistemas jurídicos para determinar conteúdos e procedimentos em um estado de exceção. “Os sistemas jurídicos seriam incapazes de especificar tanto o conteúdo como o procedimento dos atos estatais suscetíveis de serem adotados em situações emergenciais, pois um e outro poderiam ser facilmente descartados face à premência de ações imprevisíveis exigidas pelas circunstâncias excepcionais”⁸⁸.

Porém, no caso específico da ADI 6.341, que reafirma as várias competências para legislar sobre proteção e defesa da saúde, com base na percepção de Carl Schmitt referente ao novo modelo “decisionismo institucionalista” ou “pensamento da ordem concreta”, “o fundamento do direito e da soberania não é mais a decisão soberana de um poder político superior, mas sim está baseado nas instituições, as quais, por sua vez, remetem à uma instituição das instituições”. Ressalta, pois, que tal instituição “que não é mais necessariamente o Estado, mas pode ser o Estado, o Movimento e o Povo”⁸⁹.

Assim, ante os inúmeros atos e normas editados nas esferas federal, estadual e municipal, no intuito de mitigar os efeitos da crise causada pela COVID-19, a decisão em sede cautelar do STF traz segurança jurídica ao reafirmar a competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios para atos relacionados à saúde pública prevista no art. 24, XII, da Constituição Federal.

Retornando à reflexão sobre a finalidade da supracitada Medida Provisória destacada pelo Ministro Marco Aurélio, no referido processo decisório, e que leva a refletir sobre a necessidade de sopesamento de bens jurídicos protegidos constitucionalmente.

A tensão jurídico-política que emergiu neste contexto e justificou a proposição da ADI 6.341 (dentre outras ações) é motivo para reflexão sobre a restrição de direitos fundamentais com vistas ao bem estar da coletividade. Conforme Jane Reis Gonçalves Pereira⁹⁰, “as restrições de direitos fundamentais são normas que estabelecem privações ou supressões de certas formas de exercício dos direitos que, partindo-se de uma interpretação ampliativa, estariam compreendidas no âmbito de proteção dos preceitos constitucionais que os consagram.”

É certo que uma lei específica, como a Lei nº 13.979/2020, que estabelece

87 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt. São Paulo, Lua Nova, n. 32, p. 207, abr. 1994. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100011&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 25 jul. 2020.

88 BINENBOJIM, Gustavo. Pandemia, poder de polícia e Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 3 n. 1, p. 1, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br:4432/editorial?e=v-3-n-1-2020>. Acesso em: 23 ago. 2020.

89 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt. São Paulo, Lua Nova, n. 32, p. 208, abr. 1994. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100011&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 25 jul. 2020.

90 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 234.

limite temporal para a sua vigência (art. 1º, §§ 2º e 3º), produz efeitos específicos que nem sempre atendem aos anseios de toda a sociedade, principalmente por se tratar da restringibilidade de direitos fundamentais, que são estruturados sob a forma de princípios e regras. Segundo Jane Reis Gonçalves Pereira⁹¹, “as normas de direito fundamental estruturam-se sob a forma de princípios e regras”, trazendo um posicionamento - assim como distingue a autora - “sobre a possibilidade de estes serem objeto de restrições, sobre os métodos hermenêuticos a serem empregados para determinar sua esfera de proteção e sobre o papel que os Tribunais desempenham ao interpretar a Constituição”.

No Estado Democrático de Direito, um compromisso básico de harmonia de interesses nas esferas pública (Estado), privada (indivíduo) e coletiva (grupos) se torna necessário para a consecução dos objetivos da coletividade. Não o é diferente no contexto de estado de exceção pelo qual passa a sociedade brasileira em tempos de pandemia.

Assim ressalta Willis Santiago Guerra Filho⁹² naquilo que considera sujeitos coletivos como um segmento intermediário das esferas fundamentais pública e individual, considerando que “Hoje entidades coletivas demandam igualmente um disciplinamento de sua atividade política e econômica, de modo a que possam satisfazer o interesse coletivo que as anima, compatibilizando-o com interesses de natureza individual e pública, com base em um ‘princípio de proporcionalidade’”.

Para Jane Reis Gonçalves Pereira⁹³, dois aspectos conjugados possibilitam a colisão entre os direitos fundamentais e a consequente restrição em sua aplicação: a “universalidade” e o “conjunto”. O primeiro, por serem atribuídos a todas as pessoas, e o segundo, pela sua inserção em um “ordenamento complexo e plural”. A probabilidade de colisão se deve à impossibilidade de fruição simultânea sem uma ordem que viabilize a sua coexistência, assim como o fato de a Constituição prever um conjunto de direitos, a incidência de um ou outro direito fundamental precisa ser coordenado com os demais.

Em uma situação extrema de conflito entre bens jurídicos universais que impõem sua coordenação com outros bens protegidos constitucionalmente, em especial o direito à liberdade de locomoção e o direito de proteção à saúde, objetos presentes no cerne da ADI 6.341, o princípio da proporcionalidade é o meio adequado para relativizar princípios diante de uma colisão entre si, na medida em que privilegia um, mas não descarta o outro no caso concreto. É fundamental ponderar os bens jurídicos envolvidos, não se eximindo de levar em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana.

Vale ressaltar que a Carta Magna objetiva evitar conflitos entre suas normas em razão, também, do princípio da unidade da Constituição. Embora a norma

91 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 127.

92 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma teoria fundamental da Constituição: enfoque fenomenológico. 2011. p. 20. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020.

93 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 173.

constitucional não preveja o sopesamento dos bens jurídicos na possibilidade de um conflito, permite ao legislador e ao Judiciário promover a sua restrição, respeitando os requisitos formais e materiais exigidos.

Ronald Dworkin⁹⁴ argumenta sobre o direito às liberdades no sentido de igualdade ao afirmar que o governo deve tratar as pessoas “com igual consideração e igual respeito”, ou seja, “um governo que respeita a concepção liberal de igualdade somente pode restringir a liberdade, de maneira adequada, com base em certos tipos muito limitados de justificação”.

Mesmo diante de restrições do direito de ir e vir, o Estado pode e tem o dever de promover o bem estar da sociedade amparado em uma ponderação de todos os direitos que estão em jogo. No caso da pandemia provocada pelo coronavírus, tal juízo ponderativo se deve em razão de o direito à proteção da saúde coletiva também estar em jogo, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana. Conforme Jane Reis Gonçalves Pereira⁹⁵, “tanto a liberdade negativa como os outros direitos fundamentais são exigências da dignidade humana, que devem ser considerados conjuntamente nas diversas manifestações do poder estatal”.

Em uma análise sobre em quais circunstâncias surgem os deveres e as obrigações em uma comunidade, Ronald Dworkin⁹⁶ tem uma percepção acerca da resposta de Hart: “Os deveres existem quando existem as regras sociais que estabelecem tais deveres. Essas regras sociais existem se as condições para a prática de tais regras estão satisfeitas. Tais condições para a prática estão satisfeitas quando os membros de uma comunidade comportam-se de determinada maneira; esse comportamento constitui uma regra social e impõe um dever.” Herbert Hart defende uma vinculação entre a existência de uma regra social e a obrigação, as quais devem ser compreendidas por toda a comunidade, se as condições para a sua prática forem consideradas satisfeitas.

A chegada da COVID-19 impôs regras à sociedade com o fito de mitigar os seus efeitos no âmbito da saúde pública, motivo pelo qual, paralelo aos direitos fundamentais alvo de restrições, a sociedade se vê, também, diante de deveres vinculados a regras sociais que exigem o confinamento, a quarentena, a locomoção dos indivíduos neste momento de crise.

A exigência desse comportamento constitui regras sociais, impondo deveres com a finalidade de combater a doença, possibilitando à sociedade voltar ao “normal” ou “novo normal”. A reafirmação da competência concorrente para edição de atos administrativos e normas para combater e mitigar os efeitos da pandemia efetiva o poder de polícia administrativa para garantir o cumprimento de deveres no combate ao coronavírus, remetendo às regras primárias difundidas por Hart.

Com base na concepção deste filósofo, a obediência por parte da maioria dos indivíduos de uma sociedade às ameaças de pessoas ou governantes configura regra

94 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 419;421 (Justiça e direito)

95 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 213.

96 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 79-80 (Justiça e direito)

de reconhecimento e sua validade jurídica, condição para a existência do direito. Em sua crítica ao positivismo jurídico de Herbert Hart, Ronald Dworkin considera equívoca a concepção hartiana de que o ordenamento jurídico é apenas um conjunto de regras que não se colidem, pois defende que tanto as regras quanto os princípios detêm função normativa.

O STF fundamentou a decisão liminar em sede da ADI 6.341 na força normativa da Constituição, para reafirmar a competência concorrente dos entes federados no exercício de legislar a respeito de proteção à saúde. Não há o que ponderar esta regra presente no ordenamento jurídico válido, cabendo de prontidão o seu cumprimento.

Quanto aos direitos fundamentais alcançados pelos atos e normas editados pela Administração Pública no período de pandemia, é imprescindível a ponderação dos princípios que os envolvem, levando em conta o estado de exceção e a aproximação entre o direito e a moral defendidos por Ronald Dworkin e separados por Herbert Hart.

Na atuação dos Poderes Judiciário e Legislativo, a fim de fundamentar a atuação do Poder Executivo na edição de normas e atos administrativos para o combate da COVID-19, percebe-se a marca do pensamento jurídico contemporâneo presente na concepção de Dworkin, que repousa “na ênfase dada ao emprego de princípios jurídicos, positivados no ordenamento jurídico, quer explicitamente – em geral, na constituição, quer através de normas onde se manifestam de forma implícita, quando do tratamento dos problemas jurídicos”, conforme ressalta Willis Santiago Guerra Filho⁹⁷.

4 Considerações Finais

A pandemia causada pela COVID-19 impôs ao Brasil e ao mundo a adoção de medidas restritivas de liberdade individual em prol do bem estar da coletividade, a fim de mitigar os seus efeitos sobre questões sociais, econômicas e, principalmente, de saúde pública. No Brasil, normas e atos administrativos foram editados por União, Estados, Distrito Federal e Municípios, visando conter o contágio em massa pelo coronavírus e suas consequências para a população em geral e o sistema de saúde, ainda que a população fosse alcançada pela restrição de direitos fundamentais individuais para garantia de bens jurídicos protegidos constitucionalmente.

Provocado a se manifestar em relação à inconstitucionalidade de dispositivos objetos de impugnação da MP nº 926/2020, o STF, guardião da Constituição e última instância do sistema judiciário brasileiro, reafirmou a competência administrativa comum e a competência legislativa concorrente dos entes federados no tocante à adoção de medidas de proteção da saúde coletiva, configurando uma democratização da decisão. Tal reafirmação remete às regras primárias difundidas por Hart.

A realização desta pesquisa permitiu verificar que a ratificação do STF, em sua decisão liminar no julgamento da ADI 6.341, revela-nos que há um poder-dever da

97 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma teoria fundamental da Constituição: enfoque fenomenológico. 2011. p. 8. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020.

União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, para adotar medidas de combate ao coronavírus, visando à concretização de políticas públicas no estado de exceção em que se encontra a população brasileira, tendo em vista a calamidade pública instalada pela COVID-19.

Nota-se que a decisão do STF, fundamentada na norma constitucional, reflete a percepção de Carl Schmitt de que a Constituição é uma das instituições da sociedade. Enquanto norma das normas, a ela se remetem as demais instituições, as quais são o fundamento do direito e da soberania. Em se tratando dos direitos que levaram à edição da MP nº 926/2020, é mister considerar que os direitos fundamentais são estruturados na forma de princípios e regras, os quais estão sujeitos a conflitos, portanto, devem ser ponderados no processo decisório judicial. Os direitos fundamentais à saúde e de liberdade de ir e vir, direitos presentes no cerne da ADI 6.341, colocam-se em uma situação de conflito. A colisão entre esses bens jurídicos protegidos constitucionalmente levou o STF a sopesá-los, conforme defendido por Dworkin, em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

No estado de calamidade pública causado pela COVID-19, regras restritivas foram impostas à sociedade. No intuito de assegurar direitos fundamentais, a sociedade se vê diante do cumprimento de obrigações ligadas às novas regras sociais para combater o coronavírus, confirmando a vinculação entre a regra social e a obrigação difundida por Herbert Hart. Importante destacar que, para a concretização de políticas públicas e garantia de bens jurídicos constitucionalmente protegidos em um Estado Democrático de Direito, é salutar a democratização da decisão política, tanto no estado de exceção quanto no estado de normalidade.

Referências

BINENBOJM, Gustavo. Pandemia, poder de polícia e Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 3 n. 1, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br:4432/editorial?e=v-3-n-1-2020>. Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara emergência em saúde pública de importância nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 15 ago. 2020.

_____. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979compilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.

_____. Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde

pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.

_____. Constituição Federal (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

[ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 15 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 24/03/2020, Processo Eletrônico DJe-072. Divulgado em 25/03/2020. Publicado em 26/03/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 9 ago. 2020.

BUENO, Roberto. Hart e o positivismo jurídico. Em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do direito. Brasília, Revista de Informação Legislativa, v. 47, n. 186, p. 275-290, abr./jun. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198686>. Acesso em: 20 jul. 2020.

CARNIO, Henrique Garbellini. Para uma crítica da forma jurídica. São Paulo, Revista de Direito Privado, v. 58, p. 11-25, abr./jun., 2014.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Justiça e direito)

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma teoria fundamental da Constituição: enfoque fenomenológico. 2011. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020.

HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade. São Paulo, Lua Nova: revista de cultura e política, n. 61, 2004.

LAKATOS, Eva Maria. Sociologia geral. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1990. Disponível em: https://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/cc_ead/sociologia_geral_lakatos_eva

[_maria.pdf](https://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/cc_ead/sociologia_geral_lakatos_eva_maria.pdf). Acesso em: 11 jul. 2020.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt. São Paulo, Lua Nova, n. 32, p. 201-215, abr. 1994. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100011&lng=pt

[&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100011&lng=pt). Acesso em: 25 jul. 2020.

_____. Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt. São Paulo, Lua Nova, n. 42, p. 119-144, 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000300005&lng=en&nrm=iso

[d=S0102-64451997000300005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000300005&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 04 ago. 2020.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PÉREZ TAPIAS, José Antonio. Entre o risco e o medo, a biopolítica em alta. Instituto Humanitas UNISINOS, 17 mar. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597147-entre-o-risco-eo-medo-a-biopolitica-em-alta>. Acesso em: 05 jul. 2020.

SCHMITT, Carl. Teologia política. Tradução de Elisete Antoniuk; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. Valparaíso/Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, p. 577-601, 2º semestre de 2013.