

# A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA EM TEMPOS DE PANDEMIA E AS RESTRIÇÕES A DIREITOS SUBJETIVOS

## LEGAL INTERPRETATION IN PANDEMIC TIMES AND THE LIMITS OF CIVIL RIGHTS

Maria Cláudia Cachapuz<sup>1</sup>

**RESUMO:** O texto trata do desafio de decidir-se corretamente, por meio da interpretação jurídica, em tempos de pandemia. Numa primeira parte, aponta a necessidade de cuidado no avanço dos argumentos, justamente pela possibilidade de que se estabilizem situações jurídicas consolidadas para futuro. Reconhece que toda a argumentação adotada a uma realidade excepcional nova acaba por dificultar, conforme a passagem do tempo, o próprio retorno ao que se tinha como estável em termos jurídicos antes da situação de excepcionalidade e pode, em realidade, comprometer a própria coerência do sistema jurídico para futuro. Numa segunda parte, aborda o panorama das diferentes correntes de pensamento filosófico da modernidade – e matriz aristotélica, kantiana e utilitarista –, identificando os reflexos de cada uma à interpretação e à construção das fontes normativas. Por fim, analisa o caso da decisão proferida liminarmente na Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada no Estado do Rio Grande do Sul, para afastar dois artigos de lei de um Decreto Municipal que restringia direitos individuais de circulação pública.

**Palavras-chave:** interpretação jurídica; restrições; direitos subjetivos; pandemia.

**ABSTRACT:** The text deals with the challenge of deciding correctly, through legal interpretation, in pandemic times. In the first part, it points out the need for care in advancing the arguments, precisely because of the possibility of stabilizing consolidated legal situations for the future. Recognizes that all the arguments adopted for a new exceptional reality hinders, as time went by, the return to what was considered to be legally stable before the exceptional situation and may, in reality, compromise the system's own coherence for the future. In a second part, it approaches the panorama of the different ways of philosophical thoughts in modern times – of Aristotelian, Kantian and utilitarian matrix –, identifying the reflexes of each one to the interpretation and construction of normative sources. Finally, it analyzes the case of the decision handed down preliminarily in one ADI of State of Rio Grande do Sul, to rule out two articles of law of Municipal Decree nº 6.300 that restricted civil rights of public circulation.

**Keywords:** legal interpretation; limits; civil rights; pandemic times.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela UFRGS. Professora de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Magistrada do TJRS.

## 1 INTRODUÇÃO

Interpretar e aplicar corretamente as normas jurídicas a uma determinada realidade fática imposta em sociedade é das atividades mais complexas reservadas ao operador do Direito na prática jurídica. Quando isso é proposto em período de excepcionalidade histórica, política, sanitária e também jurídica – porque existente um estado de pandemia em termos universais -, a tarefa se afigura ainda mais tormentosa ao intérprete. É que não se trata do estabelecimento de relações de interpretação puramente lógicas ou fundadas em suficiente pré-compreensão quanto a categorias e institutos que possam ser observados, de forma segura, ao estabelecimento de um marco de significados ao texto<sup>2</sup> do qual se parte à interpretação. Há, desde logo, incertezas fáticas e jurídicas a serem consideradas frente aos desafios de aplicação impostos e, em regra, uma ausência significativa de espaço e tempo para a organização e construção de juízos deontológicos seguros. Portanto, decidir em tempos de pandemia é uma atividade de risco considerável.

Isso, no entanto, não autoriza o intérprete a abandonar o compromisso de busca de uma solução jurídica com pretensão de correção em nome de uma discricionariedade oportuna. Também não é momento para que o enfrentamento dos problemas com repercussões jurídicas seja feito de forma meramente retórica. Como refere Atienza, não pode se tratar da pretensão de simples persuasão a um auditório<sup>3</sup> de forma a convencê-lo, a partir de determinadas variáveis, acerca de uma determinada realidade. Deve antes traduzir o compromisso de construção racional a partir de determinadas condições explícitas de enfoque, apontando quais elementos e quais critérios se tornam relevantes para identificar aquilo que é próprio à interpretação do caso e aquilo que adquire relevância para o estudo que se pretende desenvolver – inclusive numa perspectiva temporal e em caráter precário. Até porque, toda a argumentação efetuada, mesmo que justificada por uma urgência específica, vincula para futuro e, como bem apontado por Habermas, passa a condicionar o alcance de novas “margens de decisão”<sup>4</sup> a partir da experiência concreta.

O desafio de interpretar-se em tempos de pandemia, por consequência, exige do intérprete que tenha claro que as funções típicas aos enunciados dogmáticos devem ser testadas exaustivamente, seja para a construção da realidade normativa nova, seja para a aplicação distintiva feita à situação excepcional proposta a exame. Assim, quando se contrapõe uma situação de progresso do argumento frente ao que se tem por estável pelo ordenamento jurídico, é necessário que o intérprete compreenda que o avanço desse argumento – que pode significar, inclusive, situação de retrocesso a liberdades ou a situações de igualdade no plano jurídico -, em termos gerais, condiciona para futuro as decisões que venham a ser tomadas para casos assemelhados, exigindo, em caso de retorno à normalidade, um trabalho de descarga argumentativa suficiente para a reconstrução da situação de estabilidade jurídica antes existente. Ou seja, toda a argumentação adotada, para fins de interpretação, a uma realidade excepcional nova acaba por dificultar, conforme a passagem do tempo, o próprio retorno ao que se tinha como estável em termos jurídicos antes da situação de excepcionalidade e pode, em realidade, comprometer a própria coerência do sistema jurídico para futuro.

---

2 GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo*. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999.

3 ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 111.

4 HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 18.

## 2 SOBRE FONTES E RESTRIÇÕES SUBJETIVAS

Não por outra razão é fundamental que se tenha como claro que o sistema jurídico não se constrói para situações de instabilidade jurídica. Todo o esqueleto de observação à legitimação do Direito, a partir de fontes normativas, tem por escopo gerar segurança jurídica, e não o contrário. Moreso e Vilajosana, ao tratarem de distinguir e classificar as diversas concepções do Direito, apontam que descabe se compreender que toda a discussão quanto a modelos de fontes jurídicas vise apenas ao estabelecimento de determinadas etiquetas fundadas em disputas filosóficas. Antes disso, deve se traduzir como “análisis crítico de los argumentos que son usados en la defensa de las respectivas tesis”<sup>5</sup>.

Em termos mais amplos, corresponde ao que Gottlieb Fichte referiu ser a gênese crítica em relação à origem da linguagem e ao desenvolvimento de uma capacidade linguística ao ser humano. Para o autor, quando se pretende estudar sobre a origem de uma língua formal, não se pode recorrer a simples hipóteses ou a ilações discricionárias a partir do que se poderia, sob circunstâncias especiais, ter como fonte originária de uma determinada língua. Principalmente, quando existente, nessa pretensão de análise, a extração de probabilidades investigativas a respeito de propriedades específicas de um determinado fenômeno social: “Hay que deducir de la naturaleza de la razón humana la necesidad de este descubrimiento”<sup>6</sup>.

Daí a lógica construída por Aguiló quando destaca que, na perspectiva da interpretação, a ideia das fontes “está en el centro del problema de la identificación del derecho”<sup>7</sup>, na medida em que permite identificar não apenas aquilo que é característico ao Direito, como aquilo que diz respeito à sua forma especial de tornar distinto o que é jurídico. Reconhece que há perspectivas diferenciadas de onde parte o intérprete para compreender o fenômeno jurídico – inclusive para momentos de excepcionalidade –, seja porque valora de forma distinta o que é fonte jurídica, seja porque nem mesmo identifica como existente um caráter definitivo ao que efetivamente se caracterize como elemento distintivo da juridicidade do fenômeno social. Por isso, ao buscar um esquema distintivo das fontes, Aguiló refere que a origem do Direito corresponde, no mínimo, a três tipos de discursos ou enfoques diferentes:

El primero es un discurso do tipo explicativo que trata de presentar los fenómenos jurídicos como una especie dentro de los fenómenos sociales y que ha entendido la pregunta por el origen del derecho en el sentido de las `causas sociales` que explican la génesis de los fenómenos jurídicos. El segundo es un discurso de tipo justificativo donde por origen se entiende no las causas que explican, sino los `fundamentos de la obligatoriedad` del derecho: por qué obliga el derecho? De donde proviene su obligatoriedad? Aquí el derecho se presenta no tanto como una especie dentro de los fenómenos sociales, cuanto dentro de otros fenómenos prácticos, especialmente la moral. Y el tercer tipo de discurso, que podríamos llamar sistemático, ha tendido a afirmar el carácter autónomo de los fenómenos jurídicos; y así, frente a los otros dos discursos, ha venido a sostener el origen jurídico de los fenómenos jurídicos. Según este enfoque, es un tipo de orden normativo que se autorregula: contiene normas jurídicas que regulan la producción de otras normas jurídicas<sup>8</sup>.

5 MORESO, J.J.; VILAJOSANA, J.M.. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p.192.

6 FICHTE, J.G. *Sobre la capacidad lingüística y el origen de la lengua*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 11.

7 AGUILÓ REGLA, Josep. Fuentes del derecho. In: LAGIER, Daniel (Org.) *Conceptos básicos del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 151.

8 AGUILÓ REGLA, Josep. Fuentes del derecho. In: LAGIER, Daniel (Org.) *Conceptos básicos del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 150.

Isto representa observar, como explicitado por Aguiló, que tem razão Alf Ross ao afirmar que, dentre as fontes do Direito, deve se agregar a compreensão de que é também fonte o “conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que este basa su decisión”<sup>9</sup>. E se isso é igualmente possível, não há dúvida de que se poderia questionar quanto a um evidente relativismo em relação à unidade do sistema jurídico e à própria identificação autônoma do Direito como Ciência Jurídica – o que torna ainda mais complexa a relação de interpretação em tempos de pandemia.

O debate proposto quanto a uma relativização das fontes, todavia, não afasta a unidade do sistema jurídico ou o seu sentido de integração, mas antes o confirma numa medida distinta. Ou seja, permite que se confirme, por meio da justificação racional oferecida a cada teste proposto pela situação de estudo do caso – e sempre numa dimensão prática, voltada ao caso –, a própria razão de ser do sistema jurídico em termos ideais. Quando se tratar da análise de um caso considerado fácil, o sistema das fontes jurídicas confirma a solução numa atividade coordenada pelo exercício da subsunção, oferecendo uma resposta potente desde logo. Quando a perspectiva de análise é a partir da proposta de um caso considerado difícil ou complexo - próprio a uma situação distintiva de excepcionalidade e a título precário, como em situações de pandemia - o sistema, aparentemente insuficiente para dar respostas, deve ser confirmado pela racionalidade apresentada pelo intérprete a partir de mecanismos de controle internos e externos que autorizem a escolha de uma resposta correta entre tantas que se apresentem para o caso. Portanto, confirma a própria segurança de aplicação do sistema jurídico por meio de um modelo de fontes: “Pues las fuentes son, en este sentido, las razones relevantes que quien decide puede alegar en favor de la decisión considerada correcta”<sup>10</sup>. A questão que segue em aberto, por consequência, é relativa à atividade de saber como construir esta racionalidade em tempos de pandemia ou de excepcionalidade e em que medida ela se configura no próprio sistema ou com o auxílio de elementos externos. E, sendo esta a hipótese, saber que elementos são esses e a forma como o intérprete, ao identificá-los, posiciona-se, racionalmente, para garantir correção à escolha de uma solução jurídica para o caso concreto, confirmando a própria unidade e integração do sistema jurídico.

Para se chegar a tal compreensão, não basta, contudo, apenas reconhecer a aproximação do direito à moral por meio da fundamentação de decisões práticas. Como aponta Alexy, “se podría opinar que si bien quien entra en discusiones sobre la corrección de sus expresiones plantea esta pretensión, se puede sin embargo perfectamente expresar opiniones morales sin esta pretensión”<sup>11</sup>. Fundamentos de ordem moral por si só, conforme determinadas condições, não necessariamente traduzirem a escolha racional correta. É necessário que, para além da adoção de um enfoque justificativo, como destacado em Aguiló<sup>12</sup>, haja um esclarecimento quanto à forma como de dará essa justificação em termos pragmáticos – o que, no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive se faz exigido na hipótese de reconhecimento de equivocidade por colisão de normas, observado o texto do enunciado normativo do parágrafo 2º do art. 489 do Código de Processo Civil.

O tema, em linhas gerais, é destacado por Jürgen Habermas<sup>13</sup> quando trata de esclarecer as distinções para a construção de um enfoque justificativo com base num discurso racional

9 ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. México D.F.: Fontamara, 2014, p. 75.

10 AGUILÓ REGLA, Josep. Fuentes del derecho. In: LAGIER, Daniel (Org.) *Conceptos básicos del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 155.

11 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p.133.

12 AGUILÓ REGLA, Josep. *Fuentes del derecho*. In: LAGIER, Daniel (Org.) *Conceptos básicos del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 151.

13 HABERMAS, Jürgen. *Comentarios à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

pragmático. Três seriam as matrizes filosóficas de fundo diferenciadoras à construção de tal discurso. A primeira, uma corrente de tradição aristotélica, em que pressuposta a ideia de que a faculdade do juízo teria de tomar o lugar da razão prática para integrar, desde logo, o conceito que se expõe à análise. Exige que a justificação racional se movimente dentro de um horizonte e de uma forma de vida aceitos a partir de um contexto valorativo - um valor extraído tanto das motivações dos envolvidos, como da realidade fática e das questões normativas pertinentes à situação de análise. O valor do que é “bom”, do que “prudente”, pressupondo um catálogo de virtudes, alcança um significado essencial. A busca do intérprete dirige-se ao exaurimento, *a priori*, do conteúdo de cada conceito, de forma que o fato jurídico possa ser analisado em referência a um universo desde logo conhecido, de forma abstrata e material, submetendo-se o particular a um contexto universal esgotado, ainda que externo ao sistema jurídico. E isto porque, segundo Sandel<sup>14</sup>, a justa distribuição dos bens encontra-se fundada em determinado *télos* ou propósito honorífico<sup>15</sup>.

Tal realidade é traduzida tanto numa pretensão de construção normativa, quanto na forma especial de interpretar-se o fenômeno jurídico. Como referido por Alexy, “no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino sólo una: el derecho con un determinado contenido”<sup>16</sup>. Partindo-se de posições definitivas desde logo, pelo reconhecimento de que há limites suficientemente identificados quando da constituição de um conceito jurídico, o discurso aristotélico adota uma teoria interna de justificação racional, misturando o suporte fático normativo com a sua própria restrição. Assim, o que deveria ser reconhecido como possibilidade de restrição passa a ser compreendido como limite<sup>17</sup>. Não seria possível, conforme o enunciado normativo, restringir qualquer exercício de uma liberdade humana, tendo em vista o livre desenvolvimento da personalidade, quando não violados direitos de terceiros ou inexistente qualquer atentado à ordem constitucional ou à moral a partir de uma ótica aristotélica. Portanto, o que justificaria, com base numa teoria interna, uma restrição de liberdade não é o pressuposto da restrição a uma posição jurídica determinada, mas apenas a restrição aos bens que sejam objeto de proteção jurídica<sup>18</sup>.

A questão é diversa, seguindo-se o modelo de Habermas<sup>19</sup>, quando se parte de uma perspectiva de conhecimento do problema por uma compreensão filosófica de matriz kantiana. Por este enfoque, a razão prática coincide com a moralidade. Somente por meio de um conceito de autonomia a razão se une à vontade, como uma espécie de causalidade - decorrente do fato da razão em si -, em que a liberdade “qualifica esta causalidade como capacidade de agir, independentemente de causas estranhas que a determinem”<sup>20</sup>. Isto representa inferir que a liberdade é capaz de ser lei para si mesma, agindo apenas por máximas universalizáveis. O próprio contraste, segundo Sandel<sup>21</sup>, evidenciado entre *autonomia* e *heteronomia* em Kant. O que torna a construção de uma razão prática como um exercício não arbitrário - e, portanto, consistente a uma justificação racional -, é justamente a circunstância de que a moral impõe que se escolham máximas que - quando testadas de forma pragmática - possam, ao mesmo tempo, valer como universais.

14 SANDEL, Michael J.. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p.235.

15 SANDEL, Michael J.. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p.233.

16 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2001, p. 269.

17 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2001, p. 269.

18 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2001, p. 271.

19 HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

20 DUTRA, Delamar Volpato. *Kant e Habermas. A reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: Edipucrs, 2002, p. 42.

21 SANDEL, Michael J.. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p.141.

É uma racionalidade, por consequência, que se ocupa com a promoção de um sentido de reconhecimento de autonomia permanente ao ser humano. E, aqui, no sentido de Habermas, algo que é distinto do conceito de liberdade. Enquanto a liberdade é sempre subjetiva, porque fundada nas peculiaridades do indivíduo – suas “máximas de prudência, pelas preferências ou motivos racionais”<sup>22</sup> -, a autonomia é um conceito que pressupõe intersubjetividade, determinado por máximas aprovadas pelo teste da universalização.

Quanto à liberdade subjetiva, não é difícil imaginar que algumas pessoas possam gozar da liberdade e outras não, ou que algumas pessoas possam ser mais livres do que outras. A autonomia, ao contrário, não é um conceito distributivo e não pode ser alcançada individualmente. Nesse sentido enfático, uma pessoa só pode ser livre se todas as demais o forem igualmente. A ideia que quero sublinhar é a seguinte: com sua noção de autonomia Kant já introduz um conceito que só pode explicitar-se plenamente dentro de uma estrutura intersubjetivista<sup>23</sup>.

Esta nota de intersubjetividade é que, segundo Alexy, deve estar na base de compreensão de uma regulação jurídica dos comportamentos sociais partindo-se de posições não definitivas, mas apenas *prima facie*. Por isso a possibilidade de se afirmar que a polêmica entre a adoção de uma teoria interna ou externa de restrição a direitos subjetivos não é apenas relativa a uma questão teórica que importe à construção do conceito jurídico. De forma muito clara em relação ao problema da interpretação jurídica, Alexy refere existir estreitas conexões entre as teorias de restrições a direitos e os suportes normativos gerais do Direito: “Quien sostiene una teoría individualista del Estado y la sociedad, tenderá más a la teoría externa y aquél a quien le interese la posición de miembro o membrecía en una comunidad, tenderá a la teoría interna”<sup>24</sup>.

Tal flexibilidade, desde que bem compreendida pela tarefa da interpretação, é a conduta esperada do intérprete para efeito de aplicação de uma fundamentação racional na perspectiva de análise pragmática a um caso concreto. Algo que não se esgote no sistema e que, ao mesmo tempo, não se justifique em uma moralidade determinada por um universo previamente estabelecido e externo ao ordenamento jurídico. Portanto, não se falaria em racionalidade a decisões fundadas em concepções estritamente jusnaturalistas no Direito. O que sustenta a pretensão de correção pelo discurso é justamente a possibilidade de compatibilização entre a simultânea proteção de liberdades ou de posições jurídicas de igualdade e a garantia de segurança jurídica pela escolha racional de uma solução correta a todo o caso empírico proposto a uma análise jurídica.

Mas é ainda necessário e adequado que se distinga, dentre os discursos justificativos, aqueles fundados numa matriz de tradição empírica ou funcionalista. Ou seja, quando a razão prática é assimilada na sua porção estritamente pragmática e estratégica, reduzindo-se, no extremo, a interpretação jurídica ao exercício exclusivamente teleológico da atividade racional. Tal discurso teria como preocupação exclusiva a reprodução de uma visão estritamente funcionalista, permitindo espaço amplo para que se decida, no particular, de acordo com o fim da conduta em si - um determinado projeto estratégico de vida, por exemplo -, e não pelo teste das condições universais da premissa empírica proposta à discussão. Em tal tipo de discurso justificativo, a racionalidade não se apresenta desafiada

---

22 HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 12.

23 HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 13.

24 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2001, p. 269.

por máximas universais desde logo e, portanto, se submete a uma discussão eminentemente pragmática sobre os fins pretendidos e o menor custo de alcance aos mesmos em face de um bem-estar previamente estabelecido.

Aqui, o problema em relação às fontes é ainda mais complexo que em relação a um discurso jusnaturalista, na medida em que a perspectiva da universalização nem é um objeto de teste específico *a priori*. Na base de uma teoria funcionalista, na melhor expectativa, estaria a pretensão de lidar com a “complexidade adequada” do sistema jurídico<sup>25</sup> a partir de uma perspectiva de superação de dificuldades – o que pode ser típico de um raciocínio, sob pressões empíricas diversas, em época de pandemia -, em que o foco do intérprete não aparece voltado a uma correção interna de decisões ou normas, e sim à análise das possibilidades oferecidas para enfrentamento das premissas estabelecidas em termos pragmáticos. A dimensão moral se vê acolhida pelo Direito não a partir de máximas universalizáveis, senão que a partir de máximas empíricas ponderadas por meio de um critério de utilidade.

A questão de fundo para o problema das fontes jurídicas, pela perspectiva de racionalização por um discurso de justificativa funcionalista, portanto, não diz respeito a um pressuposto de origem. Nem mesmo há um raciocínio de base voltado a isso. Na medida em que não há ao intérprete uma preocupação de regulação ideal – por critérios de verdade, fundamentação e justiça -, o sistema ocupa-se unicamente em esgotar-se dentro de sua própria dinâmica formal-pragmática, a partir de uma lógica de utilidade ao que é oferecido: “Puede trabajar sobre las limitaciones de cualquier sistema de discusión y mostrar las posibilidades de aumentar su utilidad mediante organizaciones alternativas del discurso”<sup>26</sup>.

Com tais distinções em relação às formas dos discursos justificativos possíveis à construção do sistema jurídico, é preciso identificar em que medida os elementos de conhecimento definitivo *a priori* e de otimização de resultados empíricos podem ter relevância em relação às condições jurídicas e fáticas do caso. Assim, por exemplo, quando reconhecida a possibilidade de enfrentamento do tema de colisão de princípios quando se está à frente da necessidade de restrição de liberdades em tempos de pandemia, porque estabelecida uma situação extraordinária de normatização para o caso. E, de regra, para situações emergenciais.

Quando se trata do estabelecimento de um modelo de fontes jurídicas a partir de uma visão discursiva do Direito, o enfoque justificativo e pragmático atinge um patamar distinto: Exige que se reconheça a necessidade de maior controle à construção da decisão judicial de forma que não reste a interpretação refém da discricionariedade da autoridade competente. Tal se observa, porque a atividade de interpretar impõe, paralelamente a uma justificação racional interna à decisão, um teste condicionado, de forma externa, a elementos de interpretação conectados à moral. É por isso que Alexy, com certa insistência, busca relacionar a questão das fontes jurídicas aos grupos de regras e formas de justificação externa à decisão judicial, de modo que, juntamente com as regras de direito positivo e com os enunciados empíricos, possa se reconhecer a relevância normativa de outras premissas que não são nem enunciados empíricos, nem regras de direito positivo<sup>27</sup>.

Partindo-se de um conceito de dogmática jurídica, como em Alexy, que relaciona o trabalho aplicado e dinâmico de justificação no Direito ao caráter estático e institucional de formação do sistema jurídico, é possível reconhecer funções bem específicas à Ciência Jurídica, condicionando o trabalho do intérprete a “(1) el análisis lógico de los conceptos jurídicos, (2) la reconducción de este análisis a un sistema, y (3) la aplicación de los resultados de este análisis en

25 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p. 131.

26 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p. 131.

27 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p. 222.

la fundamentación de las decisiones jurídicas”<sup>28</sup>. O que se reconhece, ao conectar-se dogmática e interpretação na perspectiva das fontes jurídicas, é de que, na descrição do fenômeno jurídico como tal, não existe uma dissociação – mas antes, idêntica razão de interdependência - entre universalidade e particularidade. Ou seja, ao mesmo tempo em que se busca, abstratamente, universalizar, para fins institucionais, a experiência jurídica, conectando-a ao sistema jurídico como um todo, particulariza-se o que é próprio ao caso, recebendo-se a experiência concreta como elemento de correção a um ideal de conduta. Um exercício de interligação que não pode ser desprezado nem mesmo para situações excepcionais de análise interpretativa.

Ou seja, na perspectiva do discurso jurídico, a dogmática como fonte normativa do Direito resguarda uma relação complementar à interpretação, em termos de construção científica e racional do sistema, porque apresenta foco na busca da universalidade ao julgar, tornando imprescindível ao intérprete o dever de traduzir, com correção, o enunciado dogmático. Não se trata, portanto, de apenas alcançar uma razão prática a cada situação concreta submetida à apreciação jurídica – mesmo que se trate de uma situação singular de análise –, mas antes de possibilitar que toda a tradução dos enunciados dogmáticos imponha uma pretensão de correção frente ao caso concreto inclusive em situações de pandemia, ainda que observadas determinadas particularidades do caso. Isto contribui de forma a não reduzir a dogmática ao conhecimento empírico e a permitir que, por meio da interpretação dos enunciados dogmáticos, alcance-se o consenso – orientado por premissas de segurança jurídica e de igualdade no espaço público - acerca do que venha a ser entendido pela doutrina como dogmático.

### 3 AS RESTRIÇÕES NORMATIVAS E A PONDERAÇÃO PARA O CASO

O caso ilustrativo para o momento de pandemia é o da Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>29</sup> ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para afastar dois artigos de lei (3º e 4º) do Decreto Municipal nº 6.300, de 05.08.2020, do município de Pelotas. Neste, seguia ratificado o estado de calamidade pública em todo o território abrangido pela norma, mas determinava, de forma mais rígida que a prevista para o Estado membro, o fechamento total das atividades e a restrição de circulação (*lockdown*) de pessoas e veículos em quaisquer vias públicas do município.

No caso, restou apontada a plena possibilidade de autonomia do Município para regramento sobre a matéria, ainda que em caráter excepcional, ressaltadas as peculiaridades locais, estando a autoridade municipal legitimada a adotar medidas restritivas mais amplas que as indicadas pela União e pelo Estado, desde que mantida a coordenação e as diretrizes das medidas tomadas pelas outras unidades da federação mais abrangentes que o nível municipal, a fim de ver respeitado o âmbito da competência concorrente constitucional. No ponto, a ressalva à decisão proferida pelo STF na ADI nº 6.341/DF, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista, em face dos termos da Medida Provisória nº 926/2020<sup>30</sup>. O que,

28 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p. 243.

29 TJRS, ADI 2020.1332.011-9 – Plantão Jurisdicional de 2º grau, decisão monocrática da Presidência, em 09.08.2020. Acesso, em 13.09.2020, em <http://www.tjrs.jus.br/static/2020/08/liminar-de-pelotas.pdf>.

30 Consta na decisão do Plenário daquela Corte, que por maioria referendou medida cautelar em ação direta deferida pelo Exmo. Ministro Marco Aurélio (Relator), a seguinte parte, ora em destaque, retirada do Informativo STF nº 973/2020: “(...) Ressaltou que as providências tomadas pela União não afastam atos a serem praticados por estados, o Distrito Federal e municípios considerada a competência concorrente na forma do art. 23, inciso II, da CF(3). E, por fim, rejeitou a alegação de necessidade de reserva de lei complementar. (...) A Corte enfatizou que a emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), não implica, nem menos autoriza, a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do estado de direito democrático. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual e, sim, também para o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O estado de direito democrático garante também o direito de examinar as razões governamentais e o direito da cidadania de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante as emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais a serem observados pelas autoridades públicas. Esses agentes públicos devem sempre justificar as suas ações, e é a luz dessas ações que o controle dessas próprias ações pode ser exercido pelos demais Poderes e, evidentemente, por toda a sociedade. (...)”.

no entanto, de uma forma específica, embasou o argumento apresentado pelo Ministério Público, para fins de caracterização de uma inconstitucionalidade dos artigos apontados no decreto municipal, foi o fato de que toda a restrição a direitos subjetivos – e, por consequência específica, de direitos fundamentais na origem – só se justifica quando necessariamente (i) guardar uma concordância prática com a unidade da Constituição Federal e (ii) apresentar razões sérias e suficientes que justifiquem uma restrição máxima, como no caso de *lockdown*. A discussão proposta, portanto, teve por base compreender se é possível o reconhecimento de uma violação constitucional em situação de ausência de observância desta harmonia de agir entre os poderes - inobstante a autonomia de competência regulatória identificada em concreto – e identificar se é possível reconhecer excesso à restrição de liberdade imposta a direitos fundamentais, ainda que sob o reconhecimento, para o caso, de uma perspectiva de proteção aos próprios indivíduos.

O argumento da concordância prática, sustentado na tomada de decisão em termos constitucionais, deve ser compreendido não apenas em seu sentido estritamente formal. Como apontado na decisão, uma vez identificada competência autônoma à autoridade pública, o problema da concordância prática entre as normas emanadas de entes federados – inclusive frente ao tema da unidade da Constituição, que é central para o reconhecimento de legitimidade – é um problema de restrição a direitos fundamentais. E, por consequência, serve como parâmetro de regulação para o reconhecimento de eventuais excessos nas restrições impostas, exigindo ponderação. Ou seja, a questão da concordância prática necessariamente deve estar alinhada com a ponderação em termos de colisão de liberdades, condicionando esta.

Isso representa dizer que é possível que a ponderação conduza a uma restrição máxima de liberdade, como pretendido pela autoridade municipal para uma situação considerada de emergência em época de pandemia. É o que decorre, de forma clara, da aplicação de um princípio de liberdade negativa em caráter amplo. Todavia, também é pressuposto de análise *jusfundamental* que essa restrição seja resultado de uma ponderação em que testadas, por razões sérias e suficientes, as condições fáticas e jurídicas do caso. Ou seja, só se legitima a ação da autoridade pública para situações máximas de restrição se - e somente se - as razões de restrição se justifiquem por uma ponderação suficiente que inclua, e resto, a própria observância à situação e concordância prática com as normas estabelecidas, de forma coordenada, para todo o sistema jurídico. Como acentuado em Alexy:

Una dogmática del Derecho es una serie de enunciados que se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, están entre sí en una relación de coherencia mutua, se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente y tiene contenido normativo<sup>31</sup>.

Há, na definição de Alexy, o compromisso assumido pelo intérprete em relação à argumentação jurídica, de forma que toda e qualquer interpretação no Direito – seja pelo legislador, em abstrato; seja pelo juiz, para o caso - tenha um alcance institucional e, simultaneamente, uma preocupação de tornar possível a correção de rumos na adoção de soluções jurídicas que se apresentem necessárias à resolução de conflitos reais, mesmo para períodos de instabilidade jurídica. Algo que se desdobra em funções próprias do exercício da interpretação por meio da análise das funções de estabilização, progresso, descarga, técnica,

---

31 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p. 246.

controle e heurística da própria dogmática<sup>32</sup>. Tais considerações acerca do âmbito de atuação das configurações e restrições a direitos permitem, ademais, quando pressuposto o exame de um caso concreto, que se identifique que toda a solução extraída de uma ponderação realizada em face de um conflito de direitos fundamentais seja compreendida como o produto de uma restrição em concreto, e não como a consequência de uma subsunção à configuração, em abstrato, de um direito previamente definido em seu conteúdo. Disso se extrai, em termos interpretativos e com coerência suficiente à pretensão de reconhecimento de uma dimensão institucional ao sistema jurídico, a regra estabelecida para o caso. Esta, como resultado de uma ponderação efetuada de forma particular, não necessariamente configura enunciado dogmático suficiente para que seja utilizada genericamente como regra a toda e qualquer situação de conduta em termos análogos. Mas permite, pela própria analogia, que seja utilizada para o estabelecimento de um *par de comparação* em termos interpretativos, por meio de um exercício próprio de ponderação<sup>33</sup>. E, então, a responsabilidade da correta tomada de decisão, mesmo que estabelecida para situações de excepcionalidade jurídica, como na hipótese de estabelecimento de restrições em tempos de pandemia.

Não se despreza, ademais, a mesma racionalidade, para efeito de teste da universalidade, quando a restrição é proposta legislativamente – portanto, quando dirigida ao legislador, e não ao juiz. Mesmo comprometimento de descarga de argumentos em relação ao desafio da proteção de direitos gerais de liberdade e igualdade é exigido ao intérprete em abstrato, quando, na edição de lei infraconstitucional, reste evidenciada uma justa restrição – e, portanto, lícita - ao direito fundamental.

El criterio de no obstaculización de la realización del principio iusfundamental implica que siempre que sea necesaria (caso de derecho fundamental actual) o meramente posible (caso de derecho fundamental potencial) una ponderación orientada por el principio de proporcionalidad, no debe suponerse una configuración, sino una restricción<sup>34</sup>.

Mas há ainda um pressuposto relevante para situações excepcionais a ser levado em consideração: O fato de que o caráter de razoabilidade ou mesmo de justiça acolhido para a edição de uma norma e para a tipificação de uma conduta - pelo estabelecimento de uma proibição, de um fazer obrigatório ou mesmo pelo estabelecimento de competências que atinjam o exercício de posições jurídico-civis, como no caso do município de Pelotas -, a partir do uso de argumentos *jusfundamentais*, não afasta a dimensão restritiva desta mesma norma, quando atinja um direito geral de liberdade ou de igualdade da pessoa<sup>35</sup>. A preocupação de Alexy, no ponto, é com a constatação de que qualquer limitação de um direito fundamental deve ser vista como parte da determinação de seu conteúdo. É que segundo Häberle, partindo de premissas distintas, “el legislador que limita los derechos fundamentales también los determina con ello en cuanto a su contenido y al revés”<sup>36</sup>.

A fragilidade de tal construção dogmática – ainda que limitada à perspectiva de análise

32 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p. 255.

33 Na referência de Alexy, a analogia não deve ser desconsiderada como forma de argumento. No entanto, como se baseia em princípios de universalidade e de igualdade, exige que seja enfrentada toda a dificuldade típica de aplicação de um princípio de igualdade: “El establecimiento de la semejanza jurídicamente relevante no puede surgir únicamente de semejante análisis, (...) presupone valoración. Para la fundamentación de esta valoración son admisibles todos los argumentos posibles en el discurso jurídico” (ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, 2. ed. Madrid: CEPC, 2012, p. 269).

34 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2001, p. 328.

35 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2001, p. 324.

36 HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 167.

da interpretação pelo legislador - restou previamente apontada pela crítica oferecida por Alexy, no sentido de que, para a adoção de uma teoria interna de restrições a direitos fundamentais, restaria sempre necessário um condicionamento do exame de qualquer restrição à hipótese de abuso de um direito, porque pressuposto um determinado conteúdo conformador de um direito previamente pelo sistema jurídico. Tal situação, aparentemente, permite ao intérprete do caso aceitar, de forma mais flexível, uma relativização à concepção material de um direito quando se trata de analisar um caso concreto – ainda que o exercício de interpretação se torne bastante dificultado, pela necessidade, na mesma medida, de configuração prévia do próprio conceito de abuso de direito. Mas trata-se de uma situação de construção argumentativa extremamente dificultada quando o problema é de um suposto excesso por parte do legislador na configuração do tipo normativo, ao editar norma restritiva de um direito fundamental no âmbito infraconstitucional.

Quando se está frente a um conceito estreito de conformação e um conceito amplo de restrição de direitos, o equilíbrio, no exercício de argumentação, é alcançado pelo funcionamento do próprio sistema jurídico e das funções exigidas aos enunciados dogmáticos. Ou seja, aquilo que se vê configurado como um direito não necessita de justificação – como no caso das normas constitucionais. A restrição ao direito, de outra parte, tanto em abstrato como em concreto, exige argumentação necessária e suficiente para o desafio à garantia *jusfundamental*, ainda que seja para a edição de uma norma por via ordinária. É justamente a compreensão apontada por Carlos Bernal Pulido ao referir que, constitucionalmente, o Estado de Direito não pode se valer de quaisquer restrições a direitos fundamentais:

Sino sólo aquellas restricciones que sean idóneas para contribuir a la obtención de cierto fin legítimo; necesarias, es decir, las más benignas entre los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y proporcionales en sentido estricto, es decir, aquéllas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los prejuicios que ella produce. De esta manera, el principio de proporcionalidad es la restricción de la restricción, el límite de los límites a los derechos fundamentales, el criterio que condiciona la validez de los límites que el Estado impone a los derechos fundamentales.<sup>37</sup>

Na hipótese, as razões de consideração apresentadas no decreto municipal - ainda que estabelecido este para uma temporalidade breve e determinada – restaram acolhidas no texto normativo de forma muito ampla e genérica, não permitindo a identificação, de pronto, das razões suficientes para uma mudança drástica de regulação de comportamentos sociais. E, portanto, com potencial restritivo a direitos subjetivos pelo excesso. E, nisso, um argumento de coerência e consistência das razões restritivas adotadas, restou como essencial para o caso, ao ponto de determinar que houvesse a adoção de uma interpretação conforme a exigência de concordância prática com as demais normas dispostas por outras autoridades públicas no âmbito estadual e federal, afastando-se a constitucionalidade, por ponderação, para o caso.

#### 4 CONCLUSÕES

Reconhece-se não ser tarefa fácil ao intérprete jurídico trabalhar com o tema das fontes do Direito conectado à hipótese de restrição de posições jurídicas, sem que seja capaz de conferir-se ao debate proposto uma dimensão interpretativa. Há, como inicialmente referido,

---

37 PULIDO, Carlos Bernal. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p.82.

íntima conexão entre a adoção de um determinado modelo de fontes e a perspectiva de análise do intérprete acerca do sistema jurídico pressuposto. Daí a preocupação, a partir de um enfoque justificativo do Direito – portanto, pressupondo uma aproximação entre direito e moral -, com circunstâncias mais amplas de justificação do fenômeno jurídico que não esgotem a autonomia do Direito no simples reconhecimento de autoridade da lei.

A partir do discurso jurídico, que pressupõe argumentação e preocupação com o controle da construção do dever-ser por meio de uma pretensão de correção, as fontes jurídicas estão conectadas com o problema da fundamentação das decisões jurídicas, com as escolhas dos cânones de interpretação para o caso, com as cargas de argumentação adotadas em concreto e mesmo com as funções dos enunciados dogmáticos na medida em que estes possam interferir na estabilização ou no progresso do sistema jurídico. Falar em um modelo pragmático de fontes jurídicas é, necessariamente, falar em método jurídico fundado em premissas de racionalidade, em alcance dogmático pela interpretação, em equivocidade inerente ao sistema. É, portanto, reconhecer a permanente oportunidade de abertura do próprio modelo ao confronto entre o que é universal e particular, de forma a proporcionar-se o permanente desafio do estável pela situação nova e peculiar, desde que propostas razões suficientes para a construção de uma argumentação distinta.

Como no caso em análise, é estritamente relevante testar-se a normatividade descrita para o caso excepcional frente às peculiaridades das hipóteses de aplicação que se impõem em situação de pandemia. E o exemplo do texto do decreto municipal ora enfrentado bem espelha essa dificuldade interpretativa.

Volta-se, portanto, a dar razão a Aguiló<sup>38</sup> quando sustenta que o tema das fontes traduz-se por certa complexidade, a começar, porque tanto se refere ao problema da origem do ordenamento jurídico, vinculado ao conceito de direito, como se dirige à questão da origem das normas jurídicas, relacionada à produção normativa. É discussão que exige do aplicador do Direito exercício de interpretação, compreendendo que a descrição do fenômeno jurídico e de suas restrições encontra-se intimamente relacionada à descrição da estrutura do sistema jurídico – pelo seu reconhecimento como um saber autônomo - e à forma como o intérprete traduz o próprio Direito, mesmo em hipóteses distintas e excepcionais como as de pandemia.

## REFERÊNCIAS

AGUILÓ REGLA, Josep. Fuentes del derecho. In: LAGIER, Daniel (Org.) *Conceptos básicos del derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. 2. ed. Madrid: CEPC, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2001.

ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

DUTRA, Delamar Volpato. Kant e Habermas. *A reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.

FICHTE, J.G. *Sobre la capacidad lingüística y el origen de la lengua*. Madrid: Tecnos, 1996.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

---

38 AGUILÓ REGLA, Josep. *Fuentes del derecho*. In: LAGIER, Daniel (Org.) *Conceptos básicos del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 32.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MORESO, J. J.; VILAJOSANA, J. M.. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

PULIDO, Carlos Bernal. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. México D.F.: Fontamara, 2014.

SANDEL, Michael J.. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

---

**Recebido em:** 13.09.2020

**Aprovado em:** 20.12.2020

**Como citar este artigo (ABNT):**

CACHAPUZ, Maria Cláudia. A interpretação jurídica em tempos de pandemia e as restrições a direitos subjetivos. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.43, p.44-56, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-03.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.