

Raquel Scalcon: A importância da Teoria do Direito na epidemia

Em recente artigo publicado em jornal de circulação nacional, o ministro do STF Luiz Fux afirmou que coronavírus não é "habeas corpus", tornando pública sua posição relativa às medidas de desencarceramento seletivo sugeridas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ — Recomendação 62/2020) *durante* a pandemia. Outros tanto já afirmaram, em sentido análogo, que coronavírus não é desculpa para reduzir salários, não é salvo-conduto para demitir, não é licença para sonegar, muito menos justificativa automática para inadimplir. Em síntese: uma pandemia não afasta *per se* a incidência



Essa ideia faz algum sentido. É inegável que a Covid-19 *não*

revogou o ordenamento jurídico brasileiro. Mas ela, ao mesmo tempo, obriga-nos a reencontrar um dos temas mais complexos da teoria do direito: o da criação de *exceções* não positivadas às regras jurídicas, isto é, o do problema do afastamento de regras abstratas à luz de casos concretos. Especificamente no âmbito penal, a discussão poderia ser organizada em dois grandes grupos: I) por que afastar regras que regulam a execução penal em tempos de pandemia (por exemplo, transformando um regime fechado em prisão domiciliar)?; e II) por que excepcionar regras que regulam as hipóteses de prisão cautelar ou de sua forma de cumprimento em tempos de pandemia (por exemplo, revisando prisões preventivas concedidas anteriormente à crise de saúde)?

No entanto, antes de enfrentar tais perguntas, retornemos a outra que as precede: afinal, o Direito é um sistema de regras gerais e abstratas que não admite exceções? Ou a possibilidade de o aplicador criar exceções não positivadas é justamente o que equilibra e torna possível um ordenamento jurídico? Em outras palavras: a Justiça "geral" é sempre melhor — no sentido redundante de *mais justa* — do que a justiça "do caso"? cremos que, de um lado, não há ordenamento jurídico sem lacunas e que, de outro, não há regra jurídica capaz de *sempre* dar conta da complexidade da vida real. Quem não afastaria a regra "proibido carros no parque" e não permitiria que uma ambulância nele ingressasse para salvar alguém entre a vida e a morte? Quem não afastaria a regra "proibido cães no metrô" e não deixaria que um cão-guia treinado fosse "os olhos" de sua dona durante a viagem?



Como se vê, lacunas e exceções definem um sistema jurídico. É a sua quantidade, todavia, que as torna um veneno ou um remédio. Os juízes, portanto, diariamente afastam regras em caso concreto. Isso, em si, não nos parece sempre um problema. O problema reside em *quando, como e por que* o fazem, ou seja: I) *frequência*; II) *método*; e III) *recurso a argumentos intersubjetivamente controláveis*. E justamente tais variáveis ficaram duramente afetadas pela Covid-19. Aumentou-se a frequência com que regras jurídicas são afastadas à luz de casos reais, sem, contudo, haver uma concomitante tentativa de padronização dos argumentos utilizados para tanto. Em síntese, a imprevisibilidade da vida social e econômica trazida pelo coronavírus aumenta a insegurança jurídica. Afinal: pode-se atrasar aluguéis? Pode-se reduzir salários? Pode-se transferir condenado em regime fechado e de grupo de risco para o regime domiciliar? Pode-se não recolher tributos? Etc.

Diante de tanta incerteza, o Direito vai perdendo a sua capacidade de orientar e de conformar condutas. Não por acaso, observamos como resposta uma "epidemia" de MPs e de leis que criam *regras temporárias* para tentar regular todos os setores atingidos, readequando parte do ordenamento jurídico à nova realidade — regras de Direito Civil, Empresarial, Tributário, Administrativo, Trabalhista, PI, etc. Mas e o Direito Penal, o Processual Penal e o de Execução Penal? Suas regras devem seguir idênticas, como se a Covid-19 nunca tivesse existido? Apenas nesse preciso âmbito jurídico fingiremos normalidade em tempos distópicos? Ou iremos enfrentar o problema com responsabilidade, criando regras temporárias (sob a forma de *lei*) para regular também o impacto da pandemia sobretudo nos estabelecimentos prisionais do país? [\[1\]](#)

É fato: parte do ordenamento brasileiro pré-Covid-19 pressupunha, no suporte fático de suas regras, um mundo que, ao menos agora, não mais existe. Excepcioná-las em alguma medida, seja via *julgador*, seja via *leis temporárias*, será algo inevitável. Caso se quera maior uniformidade, segurança e igualdade, será preciso fazê-lo via lei. Caso não haja consenso político a tanto, o ônus recairá sobre o julgador, que terá de identificar os casos que exigem exceções, construindo-as de modo fundamentado e controlável. Significa dizer, por exemplo, que, ao determinar ou negar uma prisão preventiva *hoje*, ele não poderá simplesmente recorrer aos mesmos argumentos de suas decisões pretéritas, mas terá de buscar outros efetivamente conectados à nova realidade.

Voltemos ao começo para então finalizarmos: sim, regras jurídicas podem às vezes ser afastadas. Não sempre, nem nunca. Sim, a pandemia não só pode como deve servir de fundamento *em certos casos* para a concessão de *habeas corpus*. Não em todos, nem em nenhum. Agora, se as regras penais, processuais penais e de execução penal se mantiverem absolutamente híginas, sem qualquer necessidade de excepcioná-las cuidadosamente e em alguma medida *durante* esta histórica crise, é sinal de que, provavelmente, elas (as regras do sistema penal de que dispúnhamos) já padeciam de graves problemas muito antes da pandemia.

[\[1\]](#) Já há iniciativas nesse sentido:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=957420DF21416511C7D0208

Date Created



24/04/2020