

A presente obra coletiva pretende fazer um exame multidisciplinar do Direito durante o evento da pandemia do vírus Covid 19. O confinamento em residências e a quarentena mudaram radicalmente o estilo de vida de todos. Seu impacto no plano jurídico está sendo incrivelmente rico. Compreender parte deles é o propósito deste livro.

AUTORES

Álvaro Ricardo de Souza Cruz
Ana Clara Mansur Carvalho
Luiza Pinto Coelho Marques
Cassia da Silva Conceição
Arthur Magalhães Bambirra
Arthur Magno e Silva Guerra
Miguel Augusto Ferreira Duarte
Bernardo G. B. Nogueira
Bruno Santos Arantes Vieira
Caio Mário Lana Cavalcanti
Camilla Ramos Celestino Silva
Cristiana Fortini
Ivã Augusto Santana de Lelis
Dierle Nunes
Diogo Bacha e Silva
Eduardo Goulart Pimenta

Eduardo Henrique de Oliveira Barbosa
Felipe Magalhães Bambirra
Flávia Ávila Penido
Flávio Couto Bernardes
Guilherme Ferreira Silva
Henrique Rosmaninho Alves
Júlia Helena Ribeiro Duque Estrada Lopes
Júlio Edstron S. Santos
Klelia Canabrava Aleixo
Larissa Holanda Andrade Rodrigues
Leandro Magno X. Ferrari
Leonardo Alves Corrêa
Leonardo de Faria Beraldo
Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira
Marcelo Riceputi Alcântara
Maria de Fátima Freire de Sá

Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira
Miguel de Gualano Godoy
Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz
Nacle Safar Aziz Antônio
José Luiz Quadros de Magalhães
Renata Vaz Marques Costa Rainho
Roberta C. Vaz De Mello
Roberto Henrique Pôrto Nogueira
Rodrigo Almeida Magalhães
Rodrigo Cândido Rodrigues
Rosemiro Pereira Leal
Taisa Maria Macena de Lima
Thiago Nogueira Araújo
Vera Karam de Chueiri
Vitor Augusto Osório Corrêa
Vitor Salino de Moura Eça



www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br



A PANDEMIA E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS

(ORGANIZADORES)

ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ
MARIA FERNANDA PIRES DE CARVALHO PEREIRA



ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ
MARIA FERNANDA PIRES DE CARVALHO PEREIRA
(ORGANIZADORES)

A PANDEMIA
E SEUS
REFLEXOS JURÍDICOS



Belo Horizonte
2020

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz
André Cordeiro Leal
André Lipp Pinto Basto Lupi
Antônio Márcio da Cunha Guimarães
Bernardo G. B. Nogueira
Carlos Augusto Canedo G. da Silva
Carlos Bruno Ferreira da Silva
Carlos Henrique Soares
Claudia Rosane Roesler
Clémerson Merlin Clève
David França Ribeiro de Carvalho
Dhenis Cruz Madeira
Dirceô Torrecillas Ramos
Edson Ricardo Saleme
Eliane M. Octaviano Martins
Emerson Garcia
Felipe Chiarello de Souza Pinto
Florisbal de Souza Del'Olmo
Frederico Barbosa Gomes
Gilberto Bercovici
Gregório Assagra de Almeida
Gustavo Corgosinho
Gustavo Silveira Siqueira
Jamile Bergamaschine Mata Diz
Janaina Rigo Santin
Jean Carlos Fernandes

Jorge Bacelar Gouveia - Portugal
Jorge M. Lasmar
Jose Antonio Moreno Molina - Espanha
José Luiz Quadros de Magalhães
Kiwonghi Bizawu
Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Luciano Stoller de Faria
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Luiz Manoel Gomes Júnior
Luiz Moreira
Márcio Luís de Oliveira
Maria de Fátima Freire Sá
Mário Lúcio Quintão Soares
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Nelson Rosenvald
Renato Caram
Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Rodolfo Viana Pereira
Rodrigo Almeida Magalhães
Rogério Filippetto de Oliveira
Rubens Beçak
Sergio André Rocha
Vladimir Oliveira da Silveira
Wagner Menezes
William Eduardo Freire

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2020.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho

Produção Editorial e Capa: Danilo Jorge da Silva

Imagem de Capa: Tumisu (Pixabay.com)

Revisão: Responsabilidade do Autor

341.55162 A pandemia e seus reflexos jurídicos / [organizado por] Álvaro Ricardo de Souza Cruz [e]
P189 Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.
2020 520 p.

ISBN: 978-65-86138-29-0
ISBN: 978-65-86138-28-3 (E-book)
Vários autores.

1. Pandemia. 2. Covid-19. 3. Pandemia do Covid-19 – Direito. 4. Coronavírus – Reflexos jurídicos. I. Cruz, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). II. Pereira, Maria Fernanda Pires de Carvalho (Org.). III. Título.

CDDir – 341.55162
CDD – 614

Elaborada por: Fátima Falci
CRB/6-700

MATRIZ
Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000
Tel: (31) 3031-2330

FILIAL
Rua Senador Feijó, 154/cj 64 - Bairro Sê
São Paulo/SP - CEP 01006-000
Tel: (11) 3105-6370

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2020

AGRADECIMENTOS

Álvaro

Aos meus filhos Victor e Gabriel; ao meu filho de coração, Sérgio Armanelli.

Maria Fernanda Pires

Aos meus irmãos Ari Neto e Carlos Frederico, amores amigos desde sempre...

CAPÍTULO 22
BREVE ENSAIO SOBRE O JUDICIÁRIO
E O EXECUTIVO NA PANDEMIA:
A EXCEÇÃO, A REGRA OU A EXCEÇÃO COMO REGRA

Vera Karam de Chueiri
Miguel de Gualano Godoy

Agora vamos contar a história de uma viagem feita por dois explorados e por um explorador. Vejam bem o procedimento dessa gente. Estranhável conquanto não pareça estranho. Difícil de explicar, embora tão comum. Difícil de entender, embora seja a regra. Até o mínimo gesto, simples na aparência, olhem desconfiados. Perguntem se é necessário, a começar do mais comum. E, por favor, não achem natural o que acontece e torna a acontecer. Não se deve dizer que nada é natural. Numa época de confusão e sangue, desordem ordenada, arbítrio propositado, humanidade desumanizada, não se considere nada como sendo imutável.
(BERTOLD BRECHT, A exceção e a Regra)

1. PRENÚNCIO: O SABOR AGRIDOCE

Em 2018 a Constituição brasileira completou trinta anos, ou melhor vinte e oito mais dois se se considerar o binômio constitucionalismo-democracia. O evento da sua celebração foi de sabor agridoce.

A sensação era a de que, apesar das muitas conquistas e avanços obtidos nesses trinta anos no amadurecimento das nossas instituições (e em cada um de nós), no fundo, bem no fundo, as instituições e, nós, o povo, estavam ainda frágeis relativamente aos seus compromissos democráticos e constitucionais. (CHUEIRI; KOZICKI, 2018, p. 103)¹

¹ Nos últimos quatro anos, ou seja, desde 2016, a experiência constitucional e democrática brasileira pode ser referida como de excepcionalidades ou de um constitucionalismo fraco e de uma democracia mais fraca ainda, sob a vigência de uma Constituição cujos sentidos deixaram de estar numa salutar disputa para ser qualquer coisa: uma Constituição para chamar de sua.

O que considerávamos estável se desmanchava. Nossos lugares seguros (a República, a Federação, e nelas a separação de poderes, o respeito às regras do jogo e o respeito aos direitos [mais-do-que] fundamentais) tornaram-se movediços. Que sensação de fracasso! Mas nem tanto, lembremos da “metade cheia desse copo”, de 1988 até aqui, e recobremos o ânimo, ou algum ânimo. Mas está difícil!

Juliana Albuquerque (2020) em um artigo publicado recentemente na Folha de São Paulo diz que *a principal lição de Primo Levi [é] a de que devemos continuar atentos apesar de vivermos em sociedades democráticas*. De fato, ficamos desatentos. Ou baixamos a guarda ao confiar nos postos avançados conquistados pela nossa democracia-constitucional. Ou, ainda, sequer desconfiamos das intenções dos “homens e mulheres de boa vontade”.

E assim chegamos a essa pandemia com uma república pouco, ou nada, republicana, pouco ou nada democrática, pouco ou nada constitucional, na qual os eventos nos surpreendem negativamente a cada minuto.

Dos republicanos clássicos e contemporâneos e da defesa das virtudes cívicas, da participação política, da importância da constituição e do estado de direito, parece restar pouca coisa. Dos democratas clássicos e contemporâneos e da defesa da soberania popular, do exercício e da reinvenção cotidiana dos direitos, a começar pelo primeiro direito, o de protestar, sobra menos ainda.

A pandemia, seu processo, seus efeitos, nos provocam a pensar na “metade vazia do copo” da nossa democracia-constitucional, ou de que talvez não haja mais copo, nem líquido. Parece que tudo já foi ou está indo para o ralo: a forma e o conteúdo!

O poder executivo neste último mês tem governado por meio de decretos e medidas provisórias e exorbitado em seu poder normativo em muitas decisões. Não há constrangimento para burlar a Constituição, seja na forma ou no conteúdo. No sistema de *checks and balances*, seus excessos se submetem ao controle do judiciário que faz o exame da constitucionalidade e da legalidade. O judiciário é a garantia de que excessos ilegais e inconstitucionais não passarão (diante da incontinência generalizada do executivo, como diria Conrado Hübner Mendes (2020)).

No entanto, as respostas do judiciário, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal, a este estado de coisas – agravado pelo evento da pandemia provocada pela disseminação em escala global do corona vírus – parecem assimilar tanto esse rompimento da forma quanto o esvaziamento do conteúdo.

2. AS RESPOSTAS DO STF À CRISE: O QUE ELAS PROMOVEM?

Há três recentes decisões do STF à crise provocada pela pandemia que evidenciam a nossa hipótese de que as excepcionalidades estão no limite

entre a normalidade e o caos, ou dito de outra maneira, entre a regra e a exceção propriamente dita.

A primeira decisão é a que afastou exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Nos referimos aqui à cautelar monocrática do ministro Alexandre de Moraes na ADI 6.357², prolatada em 29/03/2020, num domingo, e que permitiu uma atuação ampla do Estado sem as exigências e formalidades da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

Ainda que no mérito a decisão seja razoável, ela é controversa em forma e no que informa.

Primeiro porque é uma decisão cautelar monocrática em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), algo que não encontra amparo na Constituição, que, nesse ponto, não concedeu nenhum poder individual aos ministros do STF. Tampouco na Lei 9.868/99, que determina que cautelar em ADI seja sempre colegiada, podendo ser monocrática apenas no período do recesso. Também não encontra amparo no Código de Processo Civil (CPC) e nem mesmo no Regimento Interno do STF.

Aliás, a justificativa que os ministros do STF têm dado à aplicação do CPC (poder geral de cautela, previsto no art. 139, IV) ou do RISTF (art. 21, V, sobre poderes individuais do relator) é feito em desacordo com o que dispõe a Constituição e se valendo de normas gerais dessas legislações, quando em verdade elas já possuem normas específicas, suficientes e em sentido oposto.

A decisão poderia ter sido colegiada. Mesmo num domingo. Afinal, dias antes o STF havia ampliado o uso do plenário virtual pelos ministros. E ampliado para todo e qualquer processo ou decisão do STF. Ora, se agora o STF pode julgar tudo pelo plenário virtual, então por que não julgar também uma medida cautelar urgente como essa num período de pandemia?

Se a decisão não parece errada em conteúdo, ela erra na forma. E nesse erro formal, ela leva o STF diretamente para a gestão do dia a dia da crise financeira e orçamentária do País, “substituindo” o Poder Executivo. De quebra, isenta o Presidente de presidir o País e liderar o combate à crise, especialmente no que lhe diz respeito – a gestão financeira e orçamentária, com impactos gerais para os outros entes da Federação. É fato que o presidente da república tem governado muito mal a crise e vem extrapolando as suas competências constitucionais. Mas isso não autoriza o Poder Judiciário, especialmente o STF, a fazer o mesmo. Ou autoriza?

Uma outra resposta significativa à pandemia foi a iniciativa do Presidente do Supremo – ministro Dias Toffoli para a elaboração de um projeto

² <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>

de lei que define um regime jurídico emergencial para o direito privado durante a pandemia.

A iniciativa do Presidente do STF contou com a coordenação do ministro do Superior Tribunal de Justiça Antonio Carlos Ferreira e ainda com a colaboração de diversos juristas de renome do direito privado. Entre outras medidas, o PL prevê a suspensão de prazos de prescrição, usucapião e aplicação do CDC.

O projeto de lei foi então protocolado no Senado pelo Senador Antonio Anastasia (PSD/MG), no dia 30/03/2020 - PL 1.179/2020³.

Parece uma resposta legislativa tão importante quanto corriqueira. Todavia, a aparência de normalidade traz em si algo que sequer deveria ser excepcional: magistrados atuando como legisladores.

O PL é necessário? Sem dúvida. Oportuno? Claro que sim. Deveria ter sido de iniciativa, coordenação e elaboração de magistrados, que podem ter de vir a julgar a constitucionalidade desse mesmo PL? Evidentemente que não. Afinal, ministros são magistrados. Não são legisladores. Tampouco são consultores legislativos (formais ou informais).

Se ministros e juízes querem dar suas contribuições e sugestões, devem fazê-lo dentro dos quadrantes e possibilidades que o STF, o STJ, a magistratura, lhes permite. Isso pode ser feito com informações sobre os entendimentos prevalentes, ou com dados existentes sobre as controvérsias mais comuns, ou ainda sobre as que estão pendentes de julgamento.

Adiantar soluções através da iniciativa, coordenação e elaboração de projeto de lei, ou dizendo como o Legislativo deve conformar as relações privadas na crise, nos parece afronta à separação de poderes, ainda que cheio de boas e honestas intenções.

Esse modo de atuar ainda tem um efeito secundário mais nefasto: a mensagem que o Presidente do STF pode passar com esse tipo de iniciativa é a de que os problemas do País passam, antes de tudo, por uma conversa com o Presidente do STF. Uma discussão prévia, consultiva, sobre medidas adequadas, sobre a constitucionalidade dessas medidas.

Não à toa uma das manchetes do jornal Folha de São Paulo do dia 27/04/2020⁴, deram notícia de que o Presidente da República sondou ministros do STF para ter aval prévio para a nomeação controversa do novo Diretor Geral da Polícia Federal. Afinal, se os ministros são consultados para fazer leis, também não valeria a pena consultá-los anteriormente a nomeações que possam ser impugnadas futuramente?

³ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141306>

⁴ <https://acervo.folha.com.br/digital/leitor.do?numero=49141&anchor=6411518&pd=193f1188a43ba0bba9003b91726dc702>

Essa é uma forma perniciosa de se estabelecer diálogo com os outros Poderes, pois desinstitucionaliza o Supremo, politiza indevidamente a Presidência do Tribunal e ainda se funda num personalismo individual, voluntário e voluntarista.

Uma atuação que também acaba por isentar os legisladores do seu ônus de agir, de legislar adequadamente. E que faz do STF um consultor legislativo informal e *ad hoc*. De forma semelhante à LRF, ninguém vai discordar que o mérito do PL 1.179/2020 é relevante e urgente. Mas então, cabe isso mesmo: um projeto de lei, uma medida provisória, não juízes atuando como legisladores.

A terceira decisão significativa do STF à pandemia foi dada na ADPF 663⁵, que autorizou a Câmara dos Deputados e o Senado Federal a alterarem o regime de tramitação das medidas provisórias.

Uma decisão monocrática, novamente prolatada pelo ministro Alexandre de Moraes, autorizou a alteração do rito de edição e análise das medidas provisórias que tratam sobre a pandemia. Em sua decisão, o ministro autorizou a dispensa de análise das medidas provisórias por comissão mista, podendo ser analisadas direto pelo plenário de cada Casa Legislativa. E também autorizou a diminuição do prazo de análise das MPs, conforme o sistema de deliberação remoto da Câmara e do Senado.

Mais do que depressa, a Câmara e o Senado encaparam essa autorização e editaram o Ato Conjunto nº 01/2020⁶, que alterou o rito de tramitação e votação das medidas provisórias.

Convém perguntar: é possível alterar o rito constitucional de medida provisória por decisão do STF ou por ato conjunto das Casas Legislativas?

A resposta não é complexa.

Aquilo que foi definido pela Constituição, não. E o que não foi, sim.

Comissão mista e prazo são temas constitucionais. Fazem parte do rito definido pela Constituição. Não estão ao dispor do STF por decisão judicial, nem estão ao dispor por ato conjunto da Câmara e do Senado. São temas que, para serem modificados, exigem alteração da Constituição. Emenda à Constituição. Apenas o que não está na Constituição poderia ser disposto pelo próprio Congresso.

Essa alteração, da forma como foi feita, seja por autorização judicial, seja por ato conjunto da Câmara e Senado, afronta a Constituição e ainda inventa um rito constitucional temporário para as medidas provisórias. Nada mais excepcional. Mas agora tido como regra.

⁵ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881118>

⁶ <http://www.in.gov.br/web/dou/-/ato-conjunto-das-mesas-da-camara-dos-deputados-e-do-senado-federal-n-1-de-2020-250639870>

Ah! claro. Não nos esquecemos da boa decisão do STF que reconheceu aos estados e municípios a competência para também manejarem ações de proteção à saúde (ADI 6341)⁷.

Contrapeso exercido pelo federalismo brasileiro, disseram alguns. É verdade. Mas, uma meia verdade.

Um lampejo de bom federalismo. Mas que ainda veio sem explicar a virada jurisprudencial que concentra(va) competências na União; sem desmitificar ou superar o velho e nebuloso critério da preponderância dos interesses; sem enfrentar proposições que vêm sendo feitas sobre como lidar com leis multitemáticas e que trazem consigo aparente conflito de competências, como as que há tempos vêm defendendo, por exemplo, o ministro Edson Fachin ou o ministro Ricardo Lewandowski, com formas mais arrojadas e critérios mais rigorosos sobre a repartição de competências.

3. ESTRANHOS TEMPOS: (N)O STF [MAS TAMBÉM (N)O EXECUTIVO]

Vivemos tempos estranhos, diz sempre um ministro do STF, ao que afirmamos, reiterando, sim, estranhos, mais do que estranhos.

Qual o limite dessa estranheza? A qual nível de excepcionalidade ela se relaciona? A de uma excepcionalidade com “e” minúsculo ou ao Estado de Exceção com dois “Es” maiúsculos? Ou seja, as três atuações mencionadas podem ser uma amostragem de qual excepcionalidade?

Nosso argumento quer sublinhar as fronteiras entre o caos e a normalidade, na medida em que a pandemia traz o argumento do caos, da não normalidade ou da E/exceção.

A exceção pode ser pensada, a partir do “xadrez democrático-constitucional” ou fora dele. Se as peças se mexem a partir do tabuleiro da Constituição, as excepcionalidades podem ser justificadas, mas seguem sendo excepcionalidades, como o estado de defesa e o estado de sítio - em maior proporção, como também o estado de calamidade pública - em menor proporção.

Em um artigo publicado no JOTA (2020), os professores Egon Bockmann Moreira e Heloisa Câmara (2020) afirmam que *sem o direito público não há exceção* a ele, premissa essa com a qual concordamos. Ou seja, *sem o parâmetro normativo, não há como aferir a E/exceção*. Os limites até onde a corda da política se estica são dados pelo direito. Carl Schmitt torcia essa premissa ao entender que a exceção é a própria condição de possibilidade do direito (enquanto ordem posta) e o sentido próprio da autoridade estatal.

⁷ <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>

Se soberano é quem decide sobre a exceção (SCHMITT, 1988, p. 15) e se esse é um conceito limítrofe, fica evidenciada a linha divisória que Schmitt traça entre a exceção (do Estado de Exceção) e a situação excepcional ou de urgência, como a que justifica o estado de sítio.

Entretanto, há em Schmitt, um fundamento para que a autoridade (que tem a força) e não exatamente o homem singular decida sobre a ordem. Isso nos leva a crer que mesmo uma leitura - chamemos de tradicional - de Schmitt não atrela, necessariamente, a exceção ao abuso do poder, da autoridade e da força.

No entanto, a experiência histórica mostra o contrário, isto é, a íntima relação entre a Exceção e o abuso do poder, da autoridade e da força. Isto evidencia a linha limítrofe entre Exceção e regra, caos e normalidade, não-ordem e ordem.

A exceção com “E”, no sentido de que fala Schmitt, significa a suspensão das regras constitucionais (e da própria Constituição). Nesse sentido, se decide por suspender a ordem e a justificação aqui está fora do direito. É força, é a política de altíssima temperatura, já não mais o caso das excepcionalidades previstas pela própria constituição, mas da sua total suspensão. O fundamento para que a autoridade (que tem a força) decida sobre a ordem está, segundo Alexandre Franco Sá (2009, p. 95-6), *no resultado inevitável de um combate racionalmente justificado, de um combate argumentativo pela mediação*. Isto é, a mediação está na decisão de uma autoridade; a que representa o Estado e a faz em relação ao direito.

Walter Benjamin que no ano de 1930 troca correspondência com Carl Schmitt⁸ e desde 1933 se exila em Paris, escreve em 1940, no auge do nazismo, as *teses sobre filosofia da história* (1968, p. 253-64). Na oitava tese ele diz que *a tradição do oprimido nos ensina que o “estado de emergência” no qual vivemos não é a exceção, mas a regra (...) e que é nossa tarefa provocar um real estado de emergência, pois isso melhorará nossa posição na luta contra o Fascismo*.⁹ Sua percepção era a de que o fascismo levaria às últimas consequências a ideia do progresso e da técnica.

Jean Luc Nancy (2020), por sua vez, na coletânea chamada a *Sopa de Wuban*, na interlocução com Giorgio Agamben e outros, disse que *a exceção se converte, em realidade, na regra, em um mundo no qual as interconexões técnicas de todas as espécies (movimentos, traslados, exposição ou difusão de substâncias, etc.)*

⁸ Ver WEBER, Samuel. Taking Exception to Decision: Walter Benjamin and Carl Schmitt. *Dialectics* Vol. 22, No. 3/4, Commemorating Walter Benjamin (Autumn - Winter, 1992), pp. 5-18.

In: <https://www.jstor.org/stable/465262>

⁹ Benjamin, *Illuminations*, 257.

alcançam uma intensidade até agora desconhecida. Afirma ele que há uma espécie de exceção viral – biológica, informática e cultural – que nos coloca nessa situação de pandemia e que os governos não são mais que os executores. Ou seja, a situação da pandemia expõe um sentido de Exceção (que tem se tornado regra) que está além da autoridade do Estado.

Essa breve digressão sobre a E/exceção é para ressaltar a zona fronteira à qual as crises podem nos levar. No caso específico do Brasil neste momento, à crise pandêmica provocada pelo COVID-19 some-se a crise política desencadeada desde 2016. Estamos experimentando o limiar entre a E/exceção e a regra, o qual é muitíssimo tênue: seja no terrível contexto da experiência totalitária do século passado, seja nas experiências contemporâneas e, reiteramos, sobretudo nesta da pandemia do COVID-19.

É nesse sentido que, diante da pandemia, as decisões que vem sendo tomadas pelo Poder Executivo federal e pelo STF se estrutural na fronteira entre a Exceção em maiúsculo e a exceção em minúsculo, esta das excepcionalidades que se justificam durante um tempo, até que as razões fáticas que lhe deram causa não existam mais.

Essa última possibilidade – a exceção (em minúsculo) – é a que se lê no mérito da primeira decisão monocrática que mencionamos. Isto é, a permissão ao Executivo para gastar sem prévia exigência de custeio, a fim de custear o combate à pandemia entre outras coisas.

A decisão sublinha que, diante da calamidade pública e a *considerar a excepcionalidade do atual estado de pandemia de Covid-19*, se justifica ir além da flexibilização do art. 65 da LRF, na medida em que ela é insuficiente para atender as políticas emergenciais de saúde pública. Ou seja, a decisão vai além da ressalva do art. 65 e afasta a incidência dos artigos 14, 16, 17 e 24 da LRF e 114, *caput*, *in fine*, e § 14, da LDO/2020, *durante o estado de calamidade pública* e para fins exclusivos de combate integral da pandemia de COVID-19. (*grifamos*).

Sua forma monocrática, em sede de ADI, todavia, não é apenas excepcional, uma decisão atípica em razão das circunstâncias e da pandemia. Antes, é mais um exemplo de uma atuação que se tornou permanente no STF. E que com a pandemia parece também se normalizar. É, assim, uma decisão que parece entrar na categoria de Exceção (com E maiúsculo), pois não encontra amparo na Constituição ou em qualquer norma infraconstitucional (Lei 9.868/99, CPC ou RISTF), mas existe e se aplica apesar delas. Vale dizer, a Constituição vige, as leis também, mas não se aplicam. E a decisão se impõe, rompendo forma e arrastando conteúdo (ainda que nesse caso, como vimos insistindo, o mérito seja louvável).

Se as decisões monocráticas são a maior expressão do STF nos últimos anos, essa atuação individual e individualista de ministros, esvazia o colegia-

do, enfraquece a instituição, corrói a autoridade e a legitimidade do Supremo, agride a Constituição e, assim, coloca em xeque a própria democracia.

As duas outras atuações do STF parecem seguir o mesmo caminho de Exceção. Ao atuar com iniciativa de proposição legislativa, o presidente do Supremo larga a toga e assume a caneta de legislador. Magistrados atuando como legisladores, ou consultores legislativos, usurpam a separação de Poderes, ou na melhor das hipóteses inauguram um diálogo institucional pernicioso. Aqui também a Constituição vige, mas não se aplica e a atuação em nome do STF acontece apesar do que dispõe a Constituição.

Em nesse mesmo compasso a decisão, também monocrática, que autorizou um rito diverso para as medidas provisórias. Uma decisão que, sozinha, criou um novo tempo e espaço excepcionais: tramitação das MPs não mais em comissão mista, mas diretamente no Plenário. E num prazo também diferente daquele estabelecido pela Constituição. O que era excepcional foi logo consolidado pelo Legislativo.

A decisão ainda está em discussão no Plenário do STF e ao tempo de escrita deste texto não sabemos se será referendada pelo Supremo. De todo modo, o modo de atuação excepcional (em forma e conteúdo) parece já ter se normalizado e a controvérsia agora é apenas sobre a extensão de quanto se pode reescrever a Constituição, sempre sob a justificativa de ser temporariamente e durante a pandemia, ou não.

O Poder Executivo federal, sobretudo este que está aí, se move com mais desenvoltura do que o Judiciário nessa fronteira entre o caos e a ordem. Ou melhor, ele já se movia nesta fronteira, ora de maneira justificada, ora sem quaisquer argumentos, senão a sua vontade ou a sua estratégia.

Citamos aqui o artigo do professor Rodrigo Kanayama (2020), nos Cadernos Jurídicos da OAB, no qual ele faz uma cronologia das medidas fiscais adotadas desde fevereiro no combate à pandemia. Decretos, Medidas Provisórias, decisões do STF e Proposta de Emenda à Constituição que trata do orçamento de guerra, que prevê a inaplicabilidade da regra de ouro e que tem vigência durante o estado de calamidade. Só estes exemplos já são suficientes para acusar o esgarçamento entre a normalidade e o caos, a regra e a exceção, mas temos à disposição ainda inúmeros outros exemplos.

O que esses exemplos todos nos mostram é que, conforme anteriormente explicitado, a excepcionalidade está escancarada na forma de atuação e na forma da tomada de decisão. E assim se “estica a corda” em relação ao sentido das normas constitucionais aplicáveis, tanto no que concerne ao conteúdo quanto ao procedimento. Esse esgarçamento aguenta até que ponto da força?

4. A EXCEÇÃO COMO REGRA?

Aqui há um ponto de inflexão entre a nossa posição e a que está expressa no artigo dos professores Egon Bockmann Moreira e Heloísa Câmara (2020) – já mencionado –, na medida em que eles afirmam que a pandemia vem sendo debelada por meio de instrumentos jurídicos que respeitam a Constituição.

Sim e não, diríamos.

Há nos decretos, nas MPs, na PEC do orçamento de guerra e nas decisões do STF relacionadas à pandemia algo que escapa ao respeito à Constituição. Seja na forma, ou no conteúdo, ou em ambos, como vimos demonstrando.

Em relação ao STF, como diz Conrado Hübner Mendes (2020), o Estado de Direito pede mais: coerência, transparência, parâmetros e o carimbo do colegiado. Ou seja, mais argumentos e menos voluntarismo; mais normalidade, mais regras e menos excepcionalidades. No entanto, como aponta Conrado, além da exceção que marca os procedimentos nas tomadas de decisão de alguns ministros, há ainda o movimento explícito de alguns, agravado pelas circunstância de agora, como a participação, aparentemente desinteressada, em reuniões com bancos, com entidades como a FIESP e com as instituições de governo, sobre agendas que não têm relação direta com sua função institucional de defensores da Constituição. Sem falar da incontinência em falas e aparições públicas abrindo para algo mais-do-que excepcional e que está além das próprias decisões, suas formas e conteúdos, na medida em que as condiciona.

Ou seja, tudo isso é muito, mas muito delicado e se torna ainda mais, quando é dado ao STF fazer o controle da constitucionalidade das leis e dos atos do governo, o qual, por sua vez, também se move entre o caos e a normalidade. Isto é, se move sobre as linhas das excepcionalidades com “ê” minúsculo, e que podem conduzir à Exceção com E maiúsculo.

Eis o nosso argumento: o esgarçamento da corda pode levar ao seu rompimento e aí o *remédio mata o doente!*

O Estado de Exceção era um dispositivo provisório para situações de perigo e, como diz Benjamin e, mais contemporaneamente Agamben (2004), se tornou um instrumento normal de governo.

A pandemia pode ser o pretexto para que as situações excepcionais se convertam em Estado de Exceção. O STF tem um papel fundamental, desde que ele mesmo não normalize ou naturalize em suas práticas a exceção e nem produza ou aceite a Exceção.

Nosso argumento neste texto, em sua urgência, digamos assim, é um alerta, mas também o acionar de um botão de alarme. Afinal, no limiar entre

o caos e a normalidade, a E/exceção e a regra, não é possível dizer que as instituições estão funcionando normalmente. Justamente elas, que deveriam ser a garantia de freio e contrapeso diante da irracionalidade ou monstruosidade de quem, atualmente, governa este país.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALBUQUERQUE, Juliana de. *Primo Levi reproduz com clareza complexidade da vida em situações-limite*. Folha de São Paulo, 07/04/2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/juliana-de-albuquerque/2020/04/primo-levi-reproduz-com-clareza-complexidade-da-vida-em-situacoes-limite.shtml>
- BENJAMIN, Walter. *Illuminations*. Trad. Harry Zohn. New York: Schocken Books, 1969.
- CHUEIRI, Vera Karam de e KOZICKI, Katya. Vinte e oito anos de constitucionalismo e democracia mais dois de excepcionalidades: diálogos entre a teoria constitucional e a teoria do direito. In: LEITE, Glauco S.; SANTOS, Gustavo; ALLAIN, João Paulo e ARAÚJO, Marcelo Labanca C. de. *Trenta anos da constituição brasileira. Balanço crítico e desafios à (re)constitucionalização*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.
- KANAYAMA, Rodrigo. *Crise Fiscal em tempos de pandemia: quais as soluções jurídicas necessárias?* Cadernos Jurídicos da OAB/PR, v. 99, abril, 2020.
- MENDES, Conrado Hübner. *Quem vai conter o medalhão do STF?* Folha de São Paulo, 15/04/2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/04/quem-vai-conter-o-medalha-do-stf.shtml>
- MOREIRA, Egon Bockmann; CÂMARA, Heloísa. *Entre exceções, estado de exceção e normalidade*. JOTA, 26/04/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-excecoes-estado-de-excecao-e-normalidade-26042020>
- NANCY, Jean Luc. Excepción viral. In: AGAMBEN, Giorgio; ZIZEK, Slavoj; NANCY, Jean Luc; BERARDI, Franco 'Bifo'; PETIT, Santiago López; BUTLES, Judith; BADIOU, Alain; HARVEY, David; HAN, Byung-Chul; ZIBECHI, Raúl; GALINDO, Maria; GABRIEL, Markus; GONZÁLEZ, Gustavo Yañez; MANRIQUE, Patricia; PRECIADO, Paul B. *Sopa de Wuban*. Buenos Aires: ASPO, 2020.
- SCHMITT, Carl. *Théologie Politique*. Trad. Jean-Louis Schlegel. Paris: Éditions Gallimard, 1988.