

Ilegalidades e inconstitucionalidades em época de coronavírus

Juliano Heinen

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor titular de Direito Administrativo da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Professor de Pós-Graduação e Direito (UNIRITTER Laurent University, Universidade de Caxias do Sul e UNISC). Professor da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE), da Escola da Magistratura do Estado Rio Grande do Sul (AJURIS), da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Escola Superior de Direito Municipal (ESDM), entre outras. É Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

Resumo: O presente trabalho analisa as competências legislativas e administrativas, federais estaduais e municipais, estabelecidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. E, a partir dessa análise, pretende-se debater se as medidas restritivas praticadas pelos mencionados entes da federação no combate a Covid-19 são constitucionais e/ou legais.

Palavras-chave: Covid-19. Competências. Federação.

Sumário: Introdução – **1** O que realmente fala a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988? – **2** O que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 realmente ele fala sobre a competência dos entes federados para atuar no combate à Covid-19 – ilegalidades e inconstitucionalidades – Conclusões – Referências

Introdução

Antes de você iniciar a leitura de qualquer palavra deste texto, é importante fazer uma advertência: as conclusões dispostas não têm caráter político e estão longe de tomar partido de qualquer ideia que não seja estritamente jurídica. Este é um texto *científico*. Significa dizer que o trabalho que se apresenta não defende nenhuma posição política.

E mais: adverte-se o leitor que as críticas podem ser duras quanto ao tema, mas feitas apenas em termos jurídicos. E isso não invalida a correção material das medidas sanitárias, o acerto das medidas contentivas que se basearam em evidências técnicas etc. De modo objetivo: o presente texto foca em analisar a *forma jurídica das medidas tomadas durante a pandemia* (o que vale para todos os entes federados, sem exceção), e isso não pressupõe em absoluto uma crítica ao acerto ou não das políticas públicas feitas pela União, Estados e Municípios. Passemos ao desenvolvimento da ideia central que se quer defender.

Os últimos dias foram intensos. Não faltaram opiniões e trabalhos doutrinários analisando os impactos da pandemia causada pela Covid-19 (*Coronavírus*) no cenário jurídico brasileiro. E isto é compreensível, na medida em que é bem possível

que o Brasil nunca tenha vivenciado a edição de tantas e tantas normas em tão pouco tempo, sendo que todas elas tratam de um tema. Todas elas procuram, em maior ou menor medida, disciplinar a atuação do Estado no combate à Covid-19.¹

Para não cansar o leitor e para provar o que se está a dizer vamos dispor alguns números: até meados de abril de 2020, só no âmbito federal, foram editadas mais de cem portarias, mais de cinquenta resoluções, mais de vinte instruções normativas, mais de trinta decretos, mais de dez medidas provisórias etc. Somado a esse grande número de normas, poder-se-ia agregar todas as outras expedidas nos âmbitos dos demais entes federados (v.g. Estados, Distrito Federal e Municípios). O número é realmente impactante se pensarmos que a crise, no Brasil, é vivenciada efetivamente há pouco mais de dois meses.

Esse fenômeno jamais visto na história do direito brasileiro não poderia deixar de “perturbar” a mente dos juristas e de certo modo abalar muitos “dogmas” do direito administrativo. Citam-se apenas três: será inexorável o debate quanto ao reequilíbrio dos contratos administrativos, quanto ao papel do próprio direito administrativo (o que reconduz ao debate do próprio papel do Estado) e quanto aos limites e possibilidades da legalidade no período pós-crise.

Contudo, pretende-se abordar um outro tema aqui: esses inúmeros atos normativos não deveriam respeitar o texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88)? Sei que a pergunta pode revelar uma resposta óbvia. Mas será que, na prática, está-se a dar a

¹ Para se ter uma ideia do que dissemos em relação ao imenso número de normas produzidas em tão pouco tempo, só no âmbito federal, criou-se um *site* específico para se conseguir acompanhar todos os atos normativos produzidos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/quadro_portaria.htm. Acesso em: 13 mar. 2020.

resposta correta, ou seja, está-se a respeitar a Constituição? Especificamente, pretende-se aqui debater quais os limites constitucionais à atuação legislativa e administrativa dos entes federados no combate à pandemia causada pela Covid-19.

Assim, na primeira parte desse trabalho, pretende-se estruturar didaticamente como e em que medida a CF/88 estruturou as competências legislativa e administrativa para atuar no tema. Na segunda parte, abordar-se-á como a Lei nº 13.979/2020² pautou a divisão de competência e as possibilidades das entidades da federação atuarem no tema. Demonstrar-se-á, por meio de exemplos, como cada entidade que compõe a federação nacional atuou.

Por fim, pretende-se levar o leitor a concluir que a atuação legislativa e administrativa da União, Estados, Município e Distrito Federal não está de acordo com o texto da Constituição Federal de 1988. E isso é grave, porque, na prática, atos normativos como decretos municipais e estaduais podem ser reputados ilegais ou inconstitucionais, retirando a validade das medidas administrativas que neles se fundamentam.

1 O que realmente fala a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988?

Em 1988, o constituinte pretendeu estruturar uma federação. Pensou um modelo misto de federação norte-americana com modelo de federação alemã. Temos um “mix” bastante peculiar no Brasil.³ De plano percebe-se que a divisão das competências foi feita em dois grandes blocos: as *competências administrativas* foram previstas nos arts. 21 e 23 da CF/88, e as *competências legislativas* foram disciplinadas nos arts. 22 e 24.

Cada uma das regras citadas promoveu outras subdivisões e disposições para tentar organizar a atuação de cada ente federado. Em outros termos, o constituinte originário intentava estabelecer *limites claros desta atuação*, a fim de dar segurança jurídica, preservar a autonomia de cada

entidade que compõe a federação brasileira e evitar a intervenção indevida de um ente em relação ao outro.⁴ É possível identificar, no mínimo, quatro atributos básicos da federação: a) repartição de competências; b) autonomia política das unidades federadas; c) participação dos membros nas decisões da União; e d) atribuição de renda própria às esferas de competência.⁵

Não se pode perder de vista que a *competência legislativa* se relaciona com a possibilidade de elaborar atos normativos primários (v.g. leis ordinárias) em determinados temas, enquanto a *competência material, geral ou de execução* (que se chamará aqui de *competência administrativa*) é vocacionada a organizar a *realização de diferentes tarefas ou serviços*.

Então, se isso tudo é verdadeiro, pode-se pensar que a *competência administrativa atua com base na competência legislativa*. E isso é uma premissa básica prescrita pela *legalidade administrativa*.⁶ Então, tem-se aqui uma primeira conclusão: a análise dos arts. 22 e 24 da CF/88 – *competência legislativa* – deve vir antes da análise dos arts. 21 e 23 – *competência administrativa*, tendo em vista que a referida *legalidade administrativa* pressupõe a edição de normas para dar base à posterior atuação administrativa, cujo fundamento é retirado da própria CF/88: art. 5º, inciso II; art. 37 *caput*; art. 84, inciso IV; entre outros.

A necessidade de organizar a sociedade perpassa pela perspectiva de que o Poder Público deve atuar nos limites do direito. Pode-se dizer que o Estado e, antes, o direito, estabelecem compromissos sociais, sendo que aquele atua lastreado neste. Desta forma, a ideia de direito relaciona-se com a ideia de conduta e de organização, fatores fundamentais na atuação do Estado.⁷

Em termos de *técnica legislativa*, a CF/88 enumera os poderes legislativos (art. 22) e administrativos (art. 21) da União, deixando poderes remanescentes aos Estados (art. 25, §1º) e

² A Lei nº 13.979, de 7 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.” Na verdade, o surto inicia em 2019, mas seus impactos, no Brasil, são sentidos no ano de 2020.

³ Nesse trabalho, não é pertinente tratar sobre essa perspectiva.

⁴ RUSSOMANO, 1965, p. 58; MÜLLER, 2004, p. 65.

⁵ SILVA, 2005, p. 471; CAETANO, 1978, p. 58 e ss.

⁶ A definição de legalidade administrativa foi exaustivamente feita por nós em: HEINEN, 2020, p. 158 e ss.

⁷ CORSO, 2010, p. 31. Conforme relata o autor, a Carta Política italiana tem o papel de disciplinar acerca: a) da organização da Administração Pública; b) da atividade administrativa; e c) da relação entre a administração e o campo privado (CORSO, *Op. Cit.*, p. 32). Conferir, ainda: EISENMANN, 1959, p. 56; LIMA, 2007, p. 41.

poderes indicativos aos Municípios (art. 30). E esse complicado sistema é complementado com uma série de regras adicionais. Por exemplo, existe a possibilidade de *delegações legislativas* da União aos Estados e Distrito Federal, ou seja, eles poderiam legislar em matérias reservadas privativamente à União, desde que se editasse lei complementar em casos específicos (art. 22, parágrafo único). De outro lado, há competências comuns de *atuação paralela de todos os entes da federação* (cf. art. 23). Neste campo, lei complementar deve organizar a atuação administrativa de cada qual.⁸

Para deixar completa e unitária a análise das divisões de competência na CF/88, ainda merece ser visto como o texto da CF/88 estabeleceu outras peculiaridades no tema. Quanto às *competências legislativas*, o art. 22 listou uma série de matérias de *competência privativa da União*, e que serão objeto de *leis nacionais*. E as matérias listadas no art. 24 serão objeto de *legislação concorrente* entre a União, Estados e Distrito Federal. E os Municípios? A eles compete legislar sobre “[...] assuntos de interesse local;” (inciso I do art. 30) e “[...] suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;” (art. 30, inciso II, da CF/88).

Só diante desse plexo de competências, já se percebe que não há uma disciplina clara – em verdade o constituinte de 1988 poderia ter dado um tratamento melhor ao tema, principalmente quanto aos Municípios.⁹ De qualquer modo, em relação aos demais entes federados, especialmente na competência concorrente, os §§1º a 4º do art. 24 estruturam uma série de balizas para a organização normativa:

- a) “No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais” (§1º do art. 24).

⁸ CF/88, art. 23, parágrafo único: “Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.”. Exemplo candente de lei complementar que visa a organizar essa “competência comum” é a LC nº 140/11, que disciplinou as competências dos entes federados nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção do meio ambiente.

⁹ Não é à toa que José Afonso da Silva (*Op. Cit.*, p. 640) chega a questionar se o Município é verdadeiro ente federado. Conclui que “formalmente” é, mas materialmente possui sérias dúvidas.

Então, nos temas do art. 24, *a União não poderia fixar normas que tratassem de especificações locais ou regionais;*

- b) Aos Estados e ao Distrito Federal é permitido suplementar as regras da União (art. 24, §2º);
- c) Caso não exista a lei nacional sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (§3º do art. 24). Logo, *nem aqui os Estados podem exercer competências de cunho “geral”*. Ainda assim sua legislação deve focar em questões regionais.
- d) A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (§4º do art. 24).

Quanto às *competências administrativas*, o art. 21 trata das *competências exclusivas da União* e o art. 23 aborda as *competências comuns* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Neste último caso, lei complementar deveria ser editada para compor o equilíbrio de atuação de todos.

Sistematizando o tema, pode-se resumir essa perspectiva do seguinte modo:

Competência Legislativa	
Art. 22	Privativa da União
Art. 24	Concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal Observação: União editará leis gerais
Competência administrativa	
Art. 21	Exclusiva da União
Art. 23	Comum União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios Observação: União editará lei complementar para regular a divisão de competências

Fonte: produção própria.

A análise feita nessa primeira parte é condicionante à exposição feita no próximo tópico. Passemos, então, à avaliação do cenário regulatório existente e que dá base à atuação administrativa das várias esferas de governo no Brasil.

2 O que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 realmente ele fala sobre a competência dos entes federados para atuar no combate à Covid-19 – ilegalidades e inconstitucionalidades

Voltamos ao tema das medidas legislativas e administrativas para combate à Covid-19. A Lei nº 13.979/2020 tratou principalmente dos seguintes assuntos: poder de polícia, intervenção do Estado na propriedade alheia (v.g. por meio, por exemplo, de requisição administrativa), de contratação por dispensa de licitação e de prestação de serviços públicos etc. Logo, duas conclusões já são claras: *a referida legislação trata de direito administrativo* e, portanto, assim deverá ser interpretada quanto à divisão de competências legislativas constitucionalmente fixadas (arts. 22 e 24) e quanto à prestação destas atividades (arts. 21 e 23). De outro lado, se é “lei de direito administrativo”, ou há previsão expressa nos arts. 22 e 24 para a União tratar do tema, ou cada ente federado possui autonomia para legislar sobre isso.

Retomando a metodologia proposta: primeiro, *deve-se analisar a competência legislativa*. Já de plano poder-se-ia defender que a Lei nº 13.979/2020 é norma que trata de “proteção e defesa da saúde” e, portanto, teria fundamento no inciso XII do art. 24 da CF/88. A referida legislação não possui fundamento de validade no art. 22, porque ele não trata sobre o tema da saúde pública. Logo, não se trata de uma “competência privativa” da União para legislar sobre o assunto, mas de “competência concorrente”.

De outro lado, de modo bem objetivo, não se concorda em dar fundamento de validade à Lei nº 13.979/2020 pela via do art. 198 da CF/88, que trata da organização da saúde pública. Por dois motivos: porque o referido dispositivo constitucional trata de disciplinar organicamente o sistema de saúde nacional, seja em âmbito administrativo e orçamentário. E porque a Lei nº 13.979/2020 aborda temas fora deste contexto ou, ainda que coligados, específicos à Covid-19.

Enfim, em tese, encontrou-se um fundamento constitucional para pensar a referida legislação como “lei nacional” e válida para ser aplicada em e por todos os demais entes federados. Do

contrário, por se tratar de *norma de direito administrativo, deveria ser objeto de lei de cada município e Estado*, tudo de acordo com a autonomia dada pela federação brasileira (cf. art. 1º *caput* da CF/88).

Para tanto, se isso é verdade, ou seja, se a referida Lei nº 13.979/2020 é matéria de “legislação concorrente”, *ela somente e tão somente pode ser considerada “lei geral” sobre o tema*, conforme os termos do §1º do art. 24. E isso reclama inexoravelmente que *existam leis regionais e locais*, ou seja, que *cada ente federado que pretenda proibir a abertura de estabelecimentos, interditar locais públicos etc. edite lei estadual e municipal*. É inegável que essas leis deveriam existir, sob pena de se afrontar flagrantemente o art. 5º, inciso II e o art. 37 *caput* da CF/88.

Portanto, esse é o ponto: jamais poderiam os decretos municipais e estaduais serem editados sem base em lei local e regional, respectivamente. E sequer o §7º do art. 3º da Lei nº 13.979/2020 poderia “delegar” as “medidas previstas neste artigo” aos gestores locais e regionais. Isso porque os parágrafos do art. 24 reclamam a presença de lei estadual (e o art. 30 daria conta de impor a lei local). Tanto que a referida regra dispõe, como vimos, que a lei nacional revogará a “superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.” (§4º do art. 24). E que “Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.” (§3º). Portanto, não há dúvidas de que o art. 24 reclama a edição de lei estadual ou municipal para que, respectivamente, os Estados e os Municípios possam restringir direitos fundamentais, sem que se possa valer diretamente da Lei nº 13.979/2020.

Então, em termos competência legislativa, conforme o texto da CF/88, *decretos estaduais e municipais sem respaldo em lei local e regional são ilegais e inconstitucionais*. E sequer se pode admitir “delegação de competência” da União por meio da previsão expressada no mencionado §7º do art. 3º da Lei nº 13.979/2020.

Para que não se perca o foco: *a legalidade administrativa impõe a presença de lei para qualquer atuação administrativa*, porque é isso que

diz a CF/88. E não se pode “*pular etapas*” e se basear em norma nacional, sem existir lei local ou regional, de acordo com o que determina o art. 24 da CF/88.

Para tentar conseguir validade jurídica aos decretos estaduais e municipais, poder-se-ia fazer outra tentativa: dizer que eles se baseiam no disposto no art. 23, inciso II, da CF/88: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, [...]”. Tem-se um primeiro obstáculo: estamos deixando de lado o fato de que *as competências administrativas vêm depois de se ter estabelecidas a lei, o que reclama a validação pelos termos do art. 22, 24 e 30 da CF/88.*

Logo, não se poderia validar a atuação estadual e municipal vendo o tema só pela perspectiva do art. 23, inciso II. Seria como se pensar que o ato administrativo vem antes da lei, o que é justamente o contrário. Uma das premissas mais basilares da legalidade administrativa é a *reserva de lei*. A *reserva legal (Gesetzvorbehalt)*, determina que somente se atue quando a lei autoriza e nos estritos limites dela.¹⁰ Assim, a reserva da lei impõe que certas matérias somente sejam tratadas pela via legislativa, ou seja, com previsão expressa em lei, a excluir a previsão por outra via normativa. Os agentes estatais somente atuam quando existente previsão expressa em lei.¹¹

Mas há mais a dizer: ainda que a base normativa da atuação dos municípios e Estados fechando o comércio, restringindo a circulação de pessoas etc. fundamente-se somente e tão somente na Lei nº 13.979/2020 (Lei nacional), e esta, por sua vez, possa deter fundamento somente e tão somente no art. 23, inciso II, da CF/88, está-se diante de um segundo problema. A atuação administrativa também impõe a previsão legal, ainda mais em se tratando de *intervenção do Estado na propriedade alheia* ou de *exercício de poder de polícia*. Até porque ambas as funções

do Estado visam a limitar os direitos do cidadão.¹² Enfim, é um papel desempenhado “[...] pelo órgão competente nos limites da lei [...]” – art. 78 do Código Tributário Nacional.

Logo, volta-se à mesma ausência: a maioria, senão todos os decretos estaduais ou municipais que tratam de permitir um intenso poder de polícia para conter o *Coronavírus* não possuem base na legislação municipal ou estadual. De modo que voltaríamos ao mesmo argumento: poderia a Lei nº 13.979/2020 se fundamentar à atuação administrativa local ou regional?

Mais uma vez a resposta é negativa. Veja que se poderia defender que ela organiza como as competências dos Estados e dos municípios serão praticadas. Contudo, isso deveria ser feito por Lei Complementar, de acordo com o parágrafo único do art. 23 da CF/88. E, por óbvio, a Lei [ordinária] nº 13.979/2020 não possui esta natureza.

De mais a mais, ainda que se fizesse um “esforço hermenêutico”, para, por meio de uma técnica interpretativa, compreender que a Lei ordinária nº 13.979/2020 fosse “interpretada” como lei complementar, resolvendo o *problema formal*, materialmente ela sequer se presta a tratar de “normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios” (cf. art. 23, parágrafo único, da CF/88), para se conseguir o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Isso porque, a Lei nº 13.929/2020 apenas determina quando os gestores locais podem atuar, e em muitos casos, a depender de “autorização” do Ministro da Saúde (inciso II do §7º do art. 3º).

A Lei nº 13.979/2020 não especifica em que termos será feita “cooperação” entre os entes da Federação, conforme determinado pela Constituição Federal no dito parágrafo único do art. 23. Não fala sequer dos limites claros da atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo estes justamente os maiores debates e controvérsias existentes entre os governos federal, estaduais e locais.

Veja que a análise jurídica da divisão de competências nem é um tema novo no Brasil. Por exemplo: já há muito se discutia se o Município poderia fixar o horário do comércio local, sendo

¹⁰ HEINEN, *Op. Cit.*, p. 174. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 118): “Este princípio de reserva legal, que se constitui numa garantia individual fundamental, tem sido, por longa tradição, adotado nos ordenamentos constitucionais, ditando uma interpretação restritiva do princípio da separação de poderes, que assim prevaleceu durante um longo período de amadurecimento do Direito Público, passando por duas fases: a primeira, de absoluta incitação e, depois, da aceitação limitada da delegabilidade da função normativa [...]”. Conferir, ainda: BULOS, 2009, p. 426.

¹¹ RODRIGUES, 2005, p. 54-56.

¹² ARAUJO, 2014, p. 1.114.

editada, depois de décadas de debate, a Súmula Vinculante nº 38 (STF): “É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.”¹³ Contudo, *a fixação do horário sempre pressupõe a edição de lei local*. Desconhece-se ato municipal (v.g. decreto) que se fundamentou em lei nacional para regulação do assunto.

Aliás, cabe dizer aqui que o entendimento do STF no tema revela a inconstitucionalidade dos decretos estaduais que tentaram regular o funcionamento do comércio local. Afinal, a jurisprudência sempre interpretou que cabia à municipalidade essa competência.

Então, muitas das questões reguladas pelos decretos federais, estaduais ou municipais durante a Covid-19 possuem vício:

- a) *Formal por violação à reserva legal*: os atos administrativos não detêm fundamento de validade em lei municipal ou estadual, e não podem se valer do disposto na Lei nº 13.979/2020,¹⁴ para lhes conferir fundamento jurídico;
- b) *Formal por violação à iniciativa de competência*: os atos administrativos podem tratar de assuntos que competiriam a outros entes federados (exemplo: Estados regulando matérias de competência municipal).

Veja que o legislador constituinte instituiu um sistema de proteção legal dos direitos fundamentais, por meio de um intercâmbio e um inter-relacionamento das legislações federais, estaduais e municipais. E isso é assim em outros Países. Na Alemanha, por exemplo, a tutela de horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais justamente compreendeu essa noção: um sistema *legal* de interferência, coerente e válido com o texto da *Lei Fundamental*.¹⁵

Por fim, poder-se-ia defender a incidência, aqui, de uma “legalidade excepcional”, o que os franceses definiriam como “Teoria das Circunstâncias Excepcionais”.¹⁶ Contudo, isso reclamaria a modificação do texto da constituição ou que fosse caso de uma das hipóteses previstas na própria CF/88 (v.g. Estado de Defesa ou de Sítio). Devemos perceber, é certo, que as situações constitucionais de crise se regem pelo *princípio da excepcionalidade*, até por ser uma medida antidemocrática. A rigor, a realidade comum autoriza tal medida extrema apenas nos casos previstos pela própria Constituição.

A reserva legal relativa, com limite na CF/88, precisa ser reconduzida à causa da intervenção. A vocação instrumental do ato interventivo é nodal à espécie. Em verdade, estabelece-se, no caso, um “regime administrativo especial”. Mas este regime, no mínimo, deve ser especificado, até pela complexidade que o ato interventivo revela.

De outro lado, pode-se pensar que, na verdade, não se fixou um “regime especial”, mas sim, há uma excepcional relativização da autonomia do cidadão, quando se está diante de uma intervenção sem base em lei. Já nos Estados de Defesa e de Sítio, há previsão da suspensão do ordenamento.

Por tudo isto, entende-se, pois, que a teoria francesa em questão não poderá ser aplicada senão pelas vias admitidas pela Constituição Federal brasileira. Logo, somente nos casos em que tal texto normativo franqueou uma legalidade outra que não aquela normalmente aplicada, produto do sistema legislativo formal e democrático, é que se poderá pensar na implementação da teoria francesa, com toda sorte de adaptações. Aliás, a “legalidade de crise” – produto de circunstâncias excepcionais – já está bem posta pelo texto da Constituição Federal de 1988.¹⁷

¹³ Tal verbete foi precedido pela Súmula nº 419 da Suprema Corte: “Os municípios têm competência para regular o horário do comércio local, desde que não infringam leis estaduais ou federais válidas.”, e pela Súmula nº 645: “É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.” (STF).

¹⁴ A edição de lei sempre foi uma exigência do STF: AgR no RE nº 441.817, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 13.12.2005.

¹⁵ *BVerfGE* 125, 39. O Tribunal julgou duas reclamações contra ato normativo promovidas por instituições religiosas que questionavam lei da Cidade-Estado de Berlim que regulava o horário de funcionamento do comércio local. No tema, consultar: MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 235-237.

¹⁶ Tratou-se disso na nossa obra *Curso de direito administrativo* (HEINEN, *Op. Cit.*, p. 169-173). Conferir, ainda: RIVERO, 1983, p. 89; WALINE, 2010, p. 321. Na jurisprudência francesa, conferir os seguintes julgados: CE, 28 fev.1919, *Dames Dol et Laurent*; e TC, 27 mar. 1952, *Mme de la Murette*; CE, 28 jun. 1918, *Heyriés*; CE, 12 jul. 1969, *Chambre de Commerce de Saint-Etienne*; CE, 12 jul. 1969, *Chambre de Commerce de Saint-Etienne*; CE, 18 abr. 1947, *Farrigion*.

¹⁷ HEINEN, *Op. Cit.*, p. 172.

Conclusões

Em muitos casos, a premência do tempo, a gravidade das circunstâncias, a ausência de recursos disponíveis, a inviabilidade de soluções alternativas – o elenco é meramente exemplificativo – poderão *impor ao agente administrativo que adote atos jurídicos e materiais não conformes, de modo perfeito e exato, às normas legais*. A Administração tem o *dever de antecipar a efetiva consumação das variáveis indicadas*.¹⁸ Mas isso *lhe permite atuar fora do direito?*

A situação excepcional em que vivemos reclama interpretações condizentes, mas não permite seja contrariado o texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Parece mais do que razoável e clara a manutenção da legalidade, mesmo em situações de crise. E isso foi feito por todas as Nações, ainda que em épocas tão duras quanto. Veja o caso da França, da Alemanha ou dos Estados Unidos que não deixaram de editar leis específicas nos períodos da Primeira e da Segunda Guerras Mundiais. E, hoje, as mesmas leis fundamentam a atuação do Estado no combate à Covid-19.

E por que se faz aqui essa defesa intransigente da legalidade? A mesma força que reclama a defesa da república, da democracia, do respeito aos direitos fundamentais, é a que pretende a defesa da legalidade.

Quanto à competência legislativa, cabe dizer que a autonomia das entidades federativas presuppõe repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa (art. 22 e 24 da CF/88). Percebeu-se, ainda, que o sistema brasileiro de distribuição de competências aos entes da Federação é o de *execução imediata*, em termos de “competências administrativas”. E incumbe à lei complementar fixar *normas para a cooperação entre essas entidades*, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (art. 23, parágrafo único, da CF/88).

Diante de tudo o que foi exposto, pode-se concluir objetivamente que:

- a) A Lei nº 13.979/2020, que autoriza medidas ordenadoras (de polícia e interventivas) não é fundamento para os decretos estaduais e municipais, por conta de que:
 - a.1) se seu fundamento é o art. 24, inciso XII, da CF/88, reclamar-se-ia leis estaduais e municipais específicas, porque a legislação mencionada seria típica “norma de caráter geral”, na forma do §1º do mesmo art. 24;
 - a.2) se seu fundamento é o art. 23, inciso II, da CF/88,:
 - a.2.1) a Lei nº 13.979/2020 deveria ser lei complementar, conforme impõe o parágrafo único do art. 23;
 - a.2.2) deveria tratar com clareza dos casos de atuação de cada entidade da federação;
- b) A legalidade administrativa e a competência para legislar sobre direito administrativo impõem que os atos normativos (*v.g.* decretos) e atos administrativos estaduais e municipais possuam fundamento em lei estadual e municipal – incidência do art. 5º, inciso II e art. 37 *caput*, ambos da CF/88;
- c) A admissão da existência de uma espécie de “legalidade excepcional” para o combate à Covid-19 somente é possível nos casos previstos expressamente pela CF/88 (exemplo: situações constitucionais de crise como o Estado de Defesa e o Estado de Sítio).

Illegalities and Unconstitutionality in Coronavirus Era

Abstract: The present paper analyzes the legislative and administrative competences, whether federal, of State and municipal, established by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. And, based on this analysis, it is intended to debate whether the restrictive measures practiced by the mentioned entities of the federation in the against Covid-19 are constitutional and / or legal.

Keywords: Covid-19. Competence. Federation.

¹⁸ Tratamos do tema em: HEINEN, 2020, p. 1.066.

Referências

ARAUJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BULOS, Uadi Lammegos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 2

CORSO, Guido. *Manuale di diritto amministrativo*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010.

EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 56, 1959.

HEINEN, Juliano. *Curso de direito administrativo*. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grudrechte*. Baden-baden: Nomos, 2016.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa do Brasil. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 1983.

RUSSOMANO, Rosah. *O princípio do federalismo na constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

WALINE, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 2010.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

HEINEN, Juliano. Ilegalidades e inconstitucionalidades em época de coronavírus. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 19, n. 220, p. 35-42, abr. 2020.
