

DECRETO-LEI — INCONSTITUCIONALIDADE — PODER REGULAMEN-  
TAR

— Decreto-lei nº 822 — Deferimento ao Executivo de competência para dispor sobre “o processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários federais, penalidades, empréstimos compulsórios e o de consulta”.

— Poder regulamentar — Extensão.

— Submissão do regulamento à lei e impossibilidade de, por essa via, restringir direitos.

— Decreto-lei — Limites.

— Mesmo editado quando em recesso o Congresso Nacional, por força do Ato Institucional nº 5 e Ato Complementar nº 38, sendo as funções legislativa e constituinte exercidas pelo Presidente da República, não poderia o decreto-lei modificar a Constituição.

— Dentro da própria técnica de exceção, modificações de natureza constitucional faziam-se por meio dos chamados atos institucionais.

— Inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 822, que, entretanto, não pode ser declarada, por força do art. 3º da Emenda Constitucional nº 11. Inadmissibilidade, porém, de que continue vigendo, ensejando permanente ampliação do campo constitucionalmente reservado ao regulamento. Seu exaurimento com a edição do Decreto nº 70.235/72.

— Pedido de reconsideração — Natureza recursal, uma vez tendo prazo certo de interposição e expressamente dotado de efeito suspensivo. Juízo de retratação que não desfigura a natureza do pedido.

— Inaplicabilidade do contido no art. 81, V, da Constituição. O regulamento fundado neste dispositivo pode estabelecer quem é competente para julgar determinado recurso administrativo, mas não abolir o existente.

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

Apelação em Mandado de Segurança nº 105.744

Apelante: União Federal

Apelado: Banco do Estado do Paraná SA.

Relator: Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Sexta

Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao apelo e à remessa oficial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos au-

tos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 29 de outubro de 1986. — *Carlos Velloso*, Presidente. *Eduardo Ribeiro*, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: Adoto o relatório da sentença, *in verbis*:

“Banco do Estado do Paraná S/A, pessoa jurídica qualificada na inicial, ajuizou o presente mandado de segurança contra despacho do Presidente do 2º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda que inadmitiu pedido de reconsideração manifestado pelo impetrante contra acórdão do mencionado órgão, sob o fundamento de que o dispositivo legal em que se embasou o apelo teria sido revogado pelo artigo 2º do Decreto nº 75.445, de 1975 e que, destarte, estariam esgotadas as vias recursais ao próprio Conselho, restando tão-somente ao impetrante a possibilidade de recorrer à Câmara Superior de Recursos Fiscais, desde que fundamentado em divergência (Decreto nº 83.304/79).

Sustentou que tal entendimento não pode prevalecer, de vez que o pedido de reconsideração foi instituído pelo Decreto-lei nº 5.844/43, com efeito de suspender a exigibilidade do crédito fiscal, não podendo ser suprimido senão por força de lei, dado ter sido reservada ao legislador ordinário, pelo art. 97 do CTN — diploma legal erigido à categoria de lei complementar pela EC nº 1/69 — a competência de estabelecer e suprimir hipóteses de suspensão do crédito tributário.

Disse, mais, que a delegação legislativa contida no Decreto-lei nº 822, de 5.9.69, editado sob a égide dos atos institucionais n.ºs 5 e 12 foi revogada pela EC nº 1/69, por incompatível com esta. E que, inclusive, a aludida emenda, em seu art. 6º, parágrafo único, veda expressamente ‘a qualquer dos Poderes delegar atribuições’, havendo, além do mais, a delegação em foco sido exaurida com a expedição do Decreto

nº 70.235, de 6.3.72, razão por que o mal-sinado Decreto nº 75.445/75 que se lhe seguiu é desvalioso para compor o universo das normas que regulam o processo administrativo fiscal.

Com requerimento de liminar deferido, pediu fosse a segurança concedida ‘para o fim de compelir a autoridade coatora a receber e submeter à apreciação daquele colegiado o pedido de reconsideração interposto pelo Impetrante’.

Inicial instruída (fls. 15-43).

Em suas informações (fls. 49-52) limitou-se o impetrado a sustentar a opinião de que, como órgão administrativo, é-lhe vedado recusar o cumprimento de lei ou decreto sob alegação de inconstitucionalidade, razão por que, diante do disposto no art. 2º do Decreto nº 75.445/75, foi desacolhido o pedido de reconsideração interposto pelo impetrante.

O órgão do Ministério Público (fls. 62) opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.”

Acrescento que a segurança foi concedida.

Apelou a União. Alegou que o Decreto nº 75.445 não padece de qualquer eiva de inconstitucionalidade.

Parecer do Ministério Público, pela denegação do *writ*.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: O tema jurídico, a cujo propósito se controverte nos autos, já foi objeto de apreciação, pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, em pelo menos duas oportunidades. As decisões não coincidiram, assim como os próprios fundamentos dos votos, não havendo, pois, entendimento jurisprudencial firmado. Refiro-me aos julgados nos Recursos Extraordinários n.ºs 93.685 e 10.995. Nesta corte registram-se várias decisões, a maioria no sentido de ter-se como ilegítima a supressão do pedido de reconsideração pelo Decreto

nº 75.445/75. Apontam-se, entretanto, votos vencidos, de maneira a que também aqui não se pode dizer que consolidada a jurisprudência.

Questiona-se sobre se seria lícito ao Executivo, pela via do decreto, suprimir o pedido de reconsideração previsto em regulamento anteriormente editado. Por certo que, em tese, inexistiria óbice, já que ambos os atos são, em princípio, de mesma hierarquia. A hipótese, entretanto, reveste-se de peculiaridade. O pedido de reconsideração era previsto em lei. Em setembro de 1969, editou-se o Decreto-lei nº 822, estabelecendo que o Executivo regularia “o processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários federais, penalidades, empréstimos compulsórios e o de consulta”. Dispôs-se, ainda, que, uma vez publicado o ato, contendo tal regulamentação, ter-se-ia por revogada a legislação pertinente a essa matéria. O decreto que veio a ser expedido tinha, pois, um caráter especial, pois a ele deu-se força de revogar a lei. Foi colocado no plano desta e a particularidade conduz a que se imponham mais amplas indagações para um exato equacionamento da matéria.

Parece-me adequado perquirir, de início, quanto à constitucionalidade do próprio Decreto-lei nº 822. E o exame será útil, ainda que defeso o reconhecimento do vício, por força do art. 181 da Constituição.

A questão relativa à extensão do poder regulamentar é bastante árdua e os próprios critérios distintivos, entre lei e regulamento, não são fáceis de precisar. Escrevendo sobre a diferença entre essas duas classes de atos normativos, tive ocasião de afirmar que se distinguem apenas formalmente, o primeiro limitado pela Constituição e o segundo pela lei (*Sobre o conceito de jurisdição* — RF CCLX-105/106). Cumpre reconhecer, entretanto, que alguns temas são reservados à lei, não podendo ser objeto de regulamento. Esta é matéria sobre a qual há acordo, embora dissensões se apresentem quando se trata de defini-los.

Um primeiro elenco de assuntos não é difícil indicar, posto que resultante da própria Constituição ou de leis complementares, a deixar expresso que lei a disporá sobre determinados assuntos. Quando isso ocorrer, estará evidentemente restringida a possibilidade de o Executivo utilizar-se do regulamento. Entretanto, ao lado desses, outros existem, de caráter mais geral que, em virtude do sistema constitucional e notadamente das disposições pertinentes aos direitos e garantias individuais, reputam-se também compreendidos na reserva legal.

Tem-se como valiosa, ainda, nos dias que correm, a opinião, freqüentemente invocada, de Pimenta Bueno. Assevera o grande publicista do Império que, no uso do poder regulamentar, incidiria o Executivo em grave abuso se criasse direitos ou obrigações novas, não estabelecidos em lei, bem como se ampliasse, restringisse ou modificasse direitos ou obrigações. Do mesmo modo, se ordenasse ou proibisse o que a lei não ordena ou não proíbe ou ainda facultasse ou proibisse de modo diverso da lei. Finalmente, abuso também haveria quando extinguisse ou anulasse direitos ou obrigações (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* — Publicação do Ministério da Justiça — 1958 — p. 233).

Da aparente redundância na enumeração resulta clara a intenção de mostrar, de um lado, a subordinação do regulamento à lei; de outro, a impossibilidade de, por esta via, restringir direitos.

Na hipótese concreta em exame, o Decreto-lei nº 822 atribuiu à função regulamentar, própria do Executivo, a incumbência de dispor sobre matéria que estava regulada em lei, estabelecendo que esta ter-se-ia por revogada, uma vez editado o regulamento.

Tenho como certo que isto é repudiado pelos princípios geralmente aceitos e não se acomoda ao texto constitucional. Se a matéria era própria de lei e esta efetivamente a regulava, não poderia ser tratada em regulamento.

Dir-se-á que o decreto-lei tem a mesma força da lei e o regulamento nele encontra base para sua validade e eficácia. O argumento não procede. Admita-se que o decreto-lei pudesse dispor sobre o tema. Isto não é a mesma coisa que aceitar pudesse transferir a competência. Para isso seria necessário fosse modificada a Constituição, o que o decreto-lei não podia fazer.

Quando editado o ato em exame, achava-se o país sob ordem jurídica excepcional, posto que, por força do Ato Institucional nº 5 e Ato Complementar nº 38, o Congresso Nacional encontrava-se em recesso e a função legislativa era exercida pelo Presidente da República. E os ministros militares assumiram as atribuições do Presidente, com base no Ato Institucional nº 12. Em verdade, detinham não apenas o poder de legislar mas também se atribuíram o constituinte, exercido por meio dos atos institucionais. Dentro da própria técnica de exceção, modificações de natureza constitucional faziam-se por estes atos os decretos-leis reservavam-se para a legislação ordinária. Ainda no contexto dito revolucionário, não poderia o decreto-lei alterar norma da hierarquia constitucional.

Não se argumente, por outro lado, com o fato de que, concentrando as mesmas autoridades o poder constituinte assim como o de legislar e expedir regulamentos, não teria relevo distinguir entre matérias próprias de um ou outro desses instrumentos jurídicos. O tema já foi objeto de exame na doutrina brasileira. Assim, Victor Nunes Leal, no regime de 37, mostrou que subsistia a hierarquia entre lei e regulamento, malgrado pudesse o Presidente de ambos utilizar-se indistintamente (*Lei e Regulamento, in Problemas de Direito Público — Forense — 1960 — p. 71-72*). No mesmo sentido Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967 — tomo III — 2ª edição — Rev. Trib. — 1970 — p. 317-319*). Efetivamente, se dentre as diversas classes de atos de que se poderia valer, um foi eleito, daí advirão as conseqüências próprias da escolha. Entre elas, as que se

prendem à hierarquia entre as normas no ordenamento jurídico.

Não tenho dúvida, pois, em afirmar que o Decreto-lei nº 822 é incompatível com a Constituição e o era ainda nas circunstâncias em que foi editado.

Ocorre, entretanto, que revogados os Atos Institucionais e Complementares, foram seus efeitos ressalvados e mantida a impossibilidade de apreciação pelo Judiciário (art. 3º da Emenda Constitucional nº 11). Em face disso, remanesce vedada a declaração de inconstitucionalidade.

Malgrado não se possa negar aplicação do Decreto-lei nº 822, a fundamento de que inconstitucional, o fato de apresentar o vício não é irrelevante. Constituiria demais admitir-se, com efeito, que permanecesse vigendo, enquanto expressamente não fosse revogado, o que importaria em aceitar-se que, ao lado das competências constitucionais, para edição de regulamento, outra existisse conferida pelo malsinado decreto-lei. Teríamos o absurdo de aceitar a convivência das restrições, ínsitas na Constituição, ao campo reservado ao regulamento, com a permanência da ampliação deste por via que se choca com a lei maior. Para não se dar como presente tal despropósito, ter-se-á de acolher o entendimento de que o Decreto-lei nº 822 exauriu-se com a edição do Decreto nº 70.235/72. A possibilidade de valer-se do regulamento, para matéria própria de lei, esgotou-se, uma vez tendo o Executivo se utilizado daquela faculdade. A partir daí, há que se voltar à trilha constitucional.

Concluo, pois, ainda que com base em argumentos nem sempre coincidentes, aderindo ao que, nesta corte, foi sustentado, a propósito, em diversos votos. Afastada a possibilidade de buscar amparo no Decreto-lei nº 822, para justificar a edição do Decreto nº 75.445/75, cumpre verificar, relativamente ao ponto que importa — supressão do pedido de reconsideração — se outra base existe para torná-lo legítimo.

Devo salientar, de logo, que, para equacionamento da matéria não se me afigura

decisivo invocar o disposto no art. 97, VI do Código Tributário. Alega-se que aí se adotou o princípio da reserva legal para as hipóteses de suspensão do crédito tributário. E como uma das causas de suspensão é o recurso (art. 151, III), só por lei poderia este ser instituído ou suprimido. Não me parece que a conclusão seja exata. Em verdade, o que está dito é que se reserva à lei dispor quanto às causas de suspensão e uma delas é a interposição de recurso. Norma de inferior hierarquia não poderá alterar estas causas estabelecendo, por exemplo, que determinado recurso não suspende a exigibilidade do crédito. Daí não se segue esteja igualmente expresso que só a lei possa dizer quais recursos são cabíveis.

De qualquer sorte, entretanto, a conclusão será a mesma. Basta atentar-se aos princípios gerais já expostos. O uso do recurso constitui direito subjetivo do contribuinte e a supressão deste não se fará por regulamento.

Dir-se-á que o pedido de reconsideração não é recurso. Considero que efetivamente não o é quando se trate de matéria que possa ser revista a qualquer tempo pela autoridade, não carecendo de previsão legal a possibilidade de pleiteá-lo. Coisa diversa é quando devidamente regulado, com prazo de interposição certo e expressamente dotado de efeito suspensivo, como ocorre na hipótese em exame (Decreto nº 70.235, art. 37, § 3º). Enquanto não transcorrido o prazo ali previsto, a decisão administrativa ainda não se tem por definitiva. A natureza de recurso parece-me clara. Não o desfigura o fato de dirigir-se ao mesmo órgão. O direito sabidamente prevê recursos em que se exerce apenas juízo de retratação.

Se pela razão exposta já se poderia concluir pela impossibilidade de o regulamento suprimir o pedido de reconsideração, vale assinalar, ainda, que tal meio de impugnação era previsto em lei e foi contemplado em regulamento de natureza especial, como salientado, a que se emprestou força de lei.

Examino, por fim, argumento tirado do que se contém no art. 81, V da Constituição. Aí se estabelece, e a norma constitui inovação da Emenda I, que compete privativamente ao Presidente da República “dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal”.

O dispositivo tem indiscutível importância. Subtraiu-se ao legislador competência para a hipótese, atribuindo-a ao Chefe do Executivo (neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho — Comentários à Constituição Brasileira — 5ª edição — 1984 — p. 373). Deste modo, quando se trata de dispor sobre o tema, competente será o Presidente e o regulamento poderá fazê-lo, ainda que de modo diverso da lei.

Ocorre, entretanto, que instituir e abolir recursos, ainda que na esfera administrativa, não me parece compreendido no inciso em exame. O regulamento poderá indicar o órgão competente para o julgamento, na medida em que lhe fixe as atribuições. Isto não envolve a possibilidade de abolir um recurso.

Em virtude de todo o exposto, considero ilegítimo o que se contém no art. 2º do Decreto nº 75.445/75, na medida em que inadmitiu o pedido de reconsideração.

Confirmo a sentença.

#### EXTRATO DA ATA

AMS nº 105.744-DF (6151256) — Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara. Apte.: União Federal. Apdo.: Banco do Estado do Paraná S/A. Advs.: Drs. Augusto Prolik e outros.

Decisão: a Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo e à remessa oficial (Sexta Turma — 29 de outubro de 1986).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso e Américo Luz. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Miguel Ferrante.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Carlos Velloso.