

*ART. 237 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL — NORMA DE ESTRUTURA —
NORMA DE CONDUTA*

— O princípio da legalidade, nuclear a todo sistema jurídico, sobretudo ao administrativo, não permite que o administrador imponha qualquer restrição ou obrigação senão em virtude de lei.

— A norma veiculada pelo art. 237 da Constituição de 1988, inserida no Título IX, “Das disposições constitucionais gerais”, é norma de estrutura e não de conduta.

— A fiscalização e controle sobre o comércio exterior devem ser exercidos pelo Ministro da Fazenda somente se essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais.

— *A norma do artigo 237 é apenas atributiva de competência, e não norma de conduta, que pudesse, hipoteticamente, gerar atos administrativos, como a indigitada Portaria, em subsunção direta à Constituição.*

— *Apelada provida. Ordem concedida.*

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Apelação em Mandado de Segurança n. 135.254

Apelante: Walter Carlos Cardoso Henrique

Apelado: Banco do Brasil S.A.

Relatora: Juíza Lucia Figueiredo

Declaração de voto — Juiz Silveira Bueno

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, à unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto da Sra. Juíza Relatora, com quem votaram os Srs. Juízes Silveira Bueno e Andrade Martins, na conformidade da ata de julgamento que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de setembro de 1994.

(data do julgamento)

Juiz Homar Cais, Presidente da Sessão

Juíza Lucia Figueiredo, Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Lucia Figueiredo (Relatora): Walter Carlos Henrique impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Gerente da Carteira de Comércio Exterior do Banco do Brasil S/A, pois estaria este a lhe negar a expedição de guia de importação para a entrada no país do veículo usado marca Mitsubishi, modelo GS Turbo, ano 1991.

Afirmou, em apertada síntese, ser ilegal e inconstitucional a Portaria DECEX nº 8, de 13 de maio de 1991, isto porque seu texto infringe os princípios da legalidade e isonomia.

Alegou, pois, inexistir lei em sentido formal impedindo a regular importação de carros usados, o que afastaria a imposição por norma inferior, no caso, a mencionada Portaria. Quanto à violação do princípio da isonomia, apontou haver permissão para a internação de veículos novos, consubstanciando tratamento discriminatório.

Logo, reputando ferido seu direito líquido e certo, requereu liminar, bem como, a final, a concessão da segurança. Documentos a fls. 22 “usque” 49.

Processado sem liminar (fls. 52), foram prestadas informações a fls. 54/64, aduzindo, a autoridade impetrada, preliminarmente a carência da ação, porquanto o impetrante, diferentemente do que afirmara na inicial, não solicitara a expedição de guia de importação. Ainda, suscitou a ocorrência de litisconsórcio passivo necessário envolvendo a União Federal, isto porque “a coordenação dos serviços de importação e exportação passou a pertencer ao Decex, órgão vinculado ao Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento”. Por último, argüiu sua ilegitimidade passiva “ad causam”, apontando como autoridade competente o Sr. Coordenador da CTIC — Coordenação Técnica de Intercâmbio Comercial, com sede no Rio de Janeiro.

No mérito, difende o ato impugnado, asseverando ser possível a importação de “material usado” desde que participe do processo produtivo (Portaria 08/91, art. 22) e, no per-

tinente a restar desrespeitado o princípio da isonomia, sustentou que a desigualdade econômica é irrelevante para o legislador.

Manifestação do “parquet” federal a fls. 74/77, opinando pela denegação da segurança. Não vê discriminação na proibição de importação de bens usados em detrimento dos novos, pois os bens comparados são distintos. Quanto ao princípio da legalidade, aduz que a Portaria em questão encontra fundamento legal em regra hierarquicamente superior (Decreto nº 92.244/90), por sua vez amparado no artigo 84, incisos IV e VI da Constituição Federal.

Sentença a fls. 80/95, firmando a legitimidade do Sr. Gerente da Carteira de Comércio Exterior do Banco do Brasil S/A para a impetração e denegando a segurança.

Inconformado, apelou o impetrante, basicamente repisando os argumentos trazidos na petição inicial.

Vieram os autos a esta Corte com as contra-razões de fls. 117/137, em que se reiterou a preliminar de ilegitimidade do Sr. Gerente do Banco do Brasil para o “mandamus” e, quanto à matéria de fundo, a inexistência de direito líquido e certo a embasar a pretensão.

O Ministério Público Federal opina pela denegação da segurança, porém inicialmente insurge-se contra a interposição do mandado de segurança contra lei em tese, nos termos da Súmula 266 do STF. E, no mérito, a não infringência do princípio da legalidade, uma vez que a Portaria estaria ao abrigo do Decreto 99.244 de 10.05.90. E, também, não vislumbrou agressão à isonomia.

É o relatório.

VOTO

A Exma. Senhora Juíza Lucia Figueiredo (Relatora): O Juiz “a quo” repeliu a alegada ilegitimidade de parte da autoridade coatora, aos seguintes argumentos:

“Afirma a autoridade que sua competência restringe-se somente à emissão de guias de importação, não tendo ela qualquer competência quanto à autorização ou não de impor-

tação de determinado bem para o território nacional.

Tal fato, por si só, já comprova sua legitimidade para figurar no pólo passivo desta impetração.

O ato dito coator e impugnado pelo impetrante é justamente a não emissão de guia de importação para a entrada de bem no território nacional.

Assim sendo, haveria de figurar obrigatoriamente aquele que tem competência para determinar ou não a expedição de guia de importação.

.....
Sendo o ato impugnado a negativa de expedição de guia de importação, deve responder pela autoridade coatora aquela capacitada a determinar a realização do ato que, no caso, é aquela consignada na inicial”.

Traz a contexto Celso Agrícola Barbi, em sua obra “Do Mandado de Segurança” para repelir a preliminar, que não foi objeto de apelação, apenas reiterada em contra-razões.

Não me resta dúvida que a autoridade coatora está corretamente indicada, pois se houvesse sido concedida a segurança, deveria aquela praticar o ato determinado pela eventual concessão da ordem. Recebeu a Carteira do Comércio Exterior do Banco do Brasil delegação para emitir as guias de importação, razão suficiente para coator ser quem foi nominado.

A ordem foi denegada, como já exposto no relatório, ao fundamento de que:

“Cabe ao Estado, portanto, regulamentar e fiscalizar a atividade econômica, incluído aí o mercado nacional.

.....
Cabe, primeiramente, na hipótese acima, verificar sua adequação aos princípios gerais da atividade econômica posta ela Constituição Federal de 1988. Em assim sendo, pelos princípios gerais da ordem econômica, não se pode dizer que a economia brasileira adota o liberalismo total, o *laissez faire* antigo. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (Direito Constitucional Econômico) esclarece, após afirmar que o sistema econômico adotado pela Constituição é o da economia descentralizada, baseada no mercado:

'Entretanto, dela não desapareceu o intervencionismo estatal. Ele está insofismável no art. 174...' (ob. cit. ed. Saraiva, 1990, p. 192).

Ainda, não aceitou a tese de que haveria infringência ao princípio da legalidade e da isonomia.

Quanto ao primeiro, afirmou que pela agilidade necessária ao comércio exterior seria impossível a regulação por lei e de se tratar de questão puramente administrativa.

Enfatiza, ainda, que inexistindo regulamento autônomo no direito brasileiro, todavia cabe ao "Poder Executivo" regulamentar leis através de Decretos (art. 84, VI, da CF) e que são órgãos auxiliares do Presidente da República os Ministros de Estado (art. 76, CF) e cita o artigo 237 da Constituição.

Ademais, afirma ter sido a organização do Poder Executivo estabelecida pela Lei nº 8.028/90, em que se aloja a competência do Ministério da Fazenda relativa ao comércio exterior. Ainda, que o artigo 165, VIII, do Decreto nº 99.244/90 daria explicitamente a competência ao Departamento de Comércio Exterior para "adotar medidas de controle de operações de comércio exterior, quando necessárias ao interesse nacional". Concluindo, a Portaria DECEX nº 08/91 teria fundamento legal.

Passemos a examinar os argumentos a fundamentar a sentença, enfim, os alicerces em que se estribaria a proibição veiculada pela Portaria DECEX nº 08/91, e, também, a amplitude do artigo 237 da Constituição da República.

O Juiz Silveira Bueno, desta 4ª Turma, ao examinar a apelação cível de nº 93.03.108821-2, em magnífico voto, averbou em suas linhas principais:

"A matéria "sub judice", portanto, encerra, talvez, um dos problemas mais sérios do direito constitucional, qual seja, o de conciliar o princípio da legalidade com a necessidade de respostas ágeis da Administração para solucionar as questões relativas ao comércio exterior que, todos sabemos, é do maior dinamismo. E a pergunta que se faz é a seguinte: em que medida pode o braço administrativo do Estado agir com presteza para facilitar, dificultar e, até mesmo, proibir a importação

ou exportação de bens segundo as necessidades momentâneas? A pergunta tem sentido não só porque o Congresso Nacional, órgão encarregado constitucionalmente de criar direitos ou impor restrições ao seu exercício, não tem a agilidade reclamada pelo tema, mas, também, pela necessidade de observância das regras do processo legislativo.

Ciente destas dificuldades, há uma tendência de se encontrar no artigo 237 da Constituição o fundamento para a prática de tais atos pelo Executivo.

Mas, estaria correto conferir tal elastério àquele dispositivo?

A Constituição diz:

'Art. 237. A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda'.

Qua a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior sejam atribuições do Ministro da Fazenda ninguém duvida. Mas, será que esta atividade deve ser exercida sob a lei, ou livremente por ato de vontade do Poder Executivo?"

Em seguida, lembra os sentidos dos vocábulos fiscalizar e controlar, para, sintetizando seu pensamento, afirmar:

"Bem se vê que as atribuições conferidas pela Constituição ao Ministério da Fazenda, mero órgão auxiliar do Presidente da República, devem ser exercidas para verificar a coincidência das atividades dos particulares às normas preestabelecidas. Normas estas que são da competência do Congresso Nacional como se deduz da conjugação dos artigos 22, n. VIII, que confere à União a competência privativa para legislar sobre comércio exterior, com o artigo 48, o qual atribui ao Congresso Nacional a tarefa de dispor, com a sanção do Presidente da República, ou seja, por lei, sobre todas as matérias de competência da União. A meu ver, portanto, a fiscalização e o controle competem ao Executivo. Este, porém, deve exercê-las sob o comando legal, como qualquer ato de polícia condicionar do direito à liberdade ou à propriedade tendente a prevenir e obstar as atividades dos particulares contrastantes com os interesses sociais".

Desse modo, concilia-se a reclamada agili-

dade do Executivo, com a fixação de uma política de comércio exterior pelo Congresso Nacional...”.

E, ainda, que a motivação de atos restritivos deve guardar razoabilidade.

Verifica-se pois que dois pontos constituem o fulcro da questão, tais sejam:

1. Poderia a Administração impor restrições sem o calço da lei, apenas com respaldo em sua competência regulamentar?

2. Qual a aplicabilidade do artigo 237, já mencionado, da Constituição de 1988?

1. Quanto à primeira indagação é forte a doutrina e mesmo a jurisprudência no sentido de *inadmitir* que a Administração possa *sem lei* impor obrigações ou restringir direitos.

Nessa acepção encontram-se os constitucionalistas e administrativistas Celso Antônio Bandeira de Mello, Geraldo Ataliba, José Afonso da Silva, Michel Temer, Sérgio Andrea Ferreira, Paulo Bonavides¹, dentre outros.

Na literatura estrangeira deve-se destacar Garcia de Enterría e Thomaz Ramón Fernandez, cujas afirmações são categóricas no sentido de as limitações administrativas deverem ter expresso respaldo legal e, em seguida, vão afirmar que, *mesmo diante do respaldo legal, qual o critério a se aferir sua constitucionalidade*.

O primeiro deles estaria expressamente referido à *proporcionalidade*, vale dizer à adequação entre as medidas *legais* veiculadas e o que pretendem atingir, e, o segundo, à regra de que a interpretação deve atentar, em princípio, em favor da liberdade (“favor libertatis”) (Garcia de Enterría e Thomaz Ramón Fernandez, “Derecho Administrativo”, v. 2, Madrid, Civitas, 1986).

Gomes Canotilho², em seu Direito Constitucional, no capítulo XV, ao tratar das fontes do direito estabelece a pirâmide jurídica:

Constituição e Leis constitucionais, atos legislativos, atos regulamentares e normas estatutárias.

Em seguida disserta sobre a prevalência da lei e da reserva da lei ao parlamento (pois que os decretos-leis não poderiam conter determinadas matérias) e dá ênfase à reserva de lei para garantia de direitos, como se verifica do seguinte excerto:

“... só a lei pode restringir direitos, liberdades e garantias, mas a lei só pode estabelecer restrições se observar os requisitos constitucionalmente estabelecidos”.

Quanto à reserva de lei em face das atividades da administração, averba:

“Nesta perspectiva a relação entre a reserva de lei e o princípio da legalidade da administração continua a apontar para a acentuação da ‘legalidade substancial’ assente: 1) no fundamento legal para os poderes conferidos à Administração; 2) na determinação e densificação, por parte do legislador, dos limites materiais da ação administrativa”.

Nós também já afirmamos, e categoricamente, que o princípio da legalidade, nuclear a todo sistema jurídico, sobretudo ao administrativo, não permite que o administrador imponha qualquer restrição ou obrigação se não em virtude de lei.

Mesmo admitindo, como já o fizemos, a integração no direito administrativo, desde que expressamente vinculada nas normas e princípios constitucionais, fizemos especial ressalva à imposição de obrigações e restrições sem lei expressa.

Ainda, somente para enfatizar: sequer seria possível delegação do Ministério da Economia para o Departamento de Comércio Exterior do Banco do Brasil (DECEX), para emanar normas, como foi feito pela indigitada Portaria nº 08/91.

Aliás, nesse sentido foi expresso o artigo

1 As obras desses autores são respectivamente, Curso de Direito Administrativo, 5ª edição, São Paulo, Malheiros, 1994; República e Constituição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985; Curso de Direito Constitucional Positivo, 6ª edição revista e ampliada, São Paulo, Malheiros, 1990, Elementos de Direito Constitucional, 3ª volume, 10ª Edição, 1994, Comentários à Constituição, Rio, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 3ª volume; e, finalmente, Curso de Direito Constitucional, edição, São Paulo, Malheiros editores, 1993.

2 Direito Constitucional, 6ª edição revista, Coimbra, Almedina, 1993.

25 do Ato das Disposições Transitórias que impossibilitou a manutenção, até mesmo por lei, de delegações a órgãos do Poder Executivo.

Também é inarredável a necessidade de motivação para os atos administrativos, motivação esta que deve ser congruente, com pertinência lógica entre o *discrimen* erigido e a finalidade buscada pela norma.

Portanto, não há possibilidade, à míngua de lei, de haver restrições.

2. Quanto à segunda indagação que fizemos a respeito do artigo 237 da Constituição, temos de reconhecer, nessa disposição constitucional, norma de estrutura e não de conduta.

Luis Roberto Barroso afirma:

“Há, portanto, em toda lei fundamental, uma específica categoria de regras, com estrutura normativa própria, destinada a ordenação dos poderes estatais, à criação e estruturação de entidades e órgãos públicos, à distribuição de suas atribuições, bem como à identificação e aplicação de outros atos normativos. Tais são as normas *constitucionais de organização, também referidas como normas de estrutura ou de competência*”. (Primeiro grifo do autor, o segundo é nosso).

E, em nota de rodapé arremata:

“Estas (refere-se o autor às normas de estrutura), no entanto, a despeito de alguma variação no seu objeto, apresentam um traço típico comum: são dirigidas aos órgãos públicos e pressupostos da aplicação das demais normas.”³

Traz em abono de sua assertiva, ademais de outros constitucionalistas, a Miguel Reale que, consoante o autor, qualificou as normas de estrutura e de conduta, da seguinte forma:

“O que caracteriza (as normas de organização) é a *obrigação objetiva de que algo que deve ser feito*, sem que o dever enunciado fique subordinado à ocorrência de um fato previsto, do qual possam ou não resultar determinadas conseqüências. Ora, não havendo

a alternativa do cumprimento ou *não da regra, não há que falar em hipoteticidade*.”⁴

De seu turno, as normas de conduta são as que (ainda em Reale) se estruturam de maneira binada, articulando dois elementos, a hipótese ou o fato tipo e dispositivo ou preceito.

As de conduta, em conseqüência, não se confundem com as de estrutura, pois que estas (as de estrutura) tem caráter instrumental e precedem logicamente a incidência das demais, portanto.

Consoante Luis Roberto Barroso:

“A norma jurídica de conduta, caracteriza-se por sua bilateralidade, dirigindo-se a duas partes e atribuindo a uma delas a faculdade de exigir de outra determinado comportamento. Forma-se, desse modo, um vínculo, uma relação jurídica que estabelece um elo entre dois componentes, o direito *subjutivo*, a possibilidade de exigir do outro o *dever jurídico*, a obrigação de cumprir”⁵.

Nas relações públicas, temos o que a doutrina costuma designar por *direito subjutivo público*.

Dessume-se pelo exposto que, para nós, a *norma veiculada pelo artigo 237 da Constituição*, inserida no título IX, “Das disposições constitucionais gerais”, é *norma de estrutura e não de conduta*.

Vale dizer: a *fiscalização e controle* sobre o comércio exterior, devem ser exercidos pelo Ministério da Fazenda somente se (o advérbio é nosso) *essenciais a defesa dos interesses fazendários nacionais*.

Não se trata de norma de conduta, como tomada na acepção de Miguel Reale ou de Luis Roberto Barroso, capaz de atribuir direito subjutivo público a alguém, porém de competência para o órgão que deverá necessariamente exercê-la.

Por exemplo, o Ministério de Planejamento, a não ser que expressamente nele incluído o da Economia, não poderia exercer a competência, como também não poderia exercê-

3 Luis Roberto Barroso, O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas, Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira, 2ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 1993.

4 “Apud” ob. cit. p.90.

5 Ob. cit. pp. 97/98.

la, por hipótese, o Ministério da Indústria e Comércio, desde que, a fiscalização e controle sobre o comércio exterior *sejam essenciais à defesa dos interesses da Fazenda Nacional.*

Portanto, respondendo à indagação que formulamos, afirmamos: a norma do artigo 237 é apenas *atributiva de competência*, e não *norma de conduta*, que pudesse hipoteticamente gerar atos administrativos, como a indigitada Portaria, em subsunção direta à Constituição.

A jurisprudência já se manifestou a respeito do caso concreto, com decisões significativas do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

“PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULOS USADOS. LEGITIMIDADE PASSIVA 'AD CAUSAM' DO GERENTE DO DECEX. ILEGITIMIDADE DA FAZENDA NACIONAL PARA INTEGRAR A LIDE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

...omissis...

— Não se pode conceber tratamento desigual conferido às pessoas que desejam adquirir veículos estrangeiros, sendo ilegal admitir-se, apenas, a importação dos veículos novos, em detrimento das pessoas com poder aquisitivo acessível somente à compra de veículos usados.

— REMESSA OFICIAL E APELOS IMPROVIDOS.” (TRF da 5ª R., 1ª Turma, AMS nº 39.957-CE, reg. nº 94.05.03551-7, Rel. Juiz Francisco Falcão, j. 03.05.94, unânime, DJ 2 de 15.7.94, p. 37.952) Grifamos.

“CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULOS USADOS.

— Permitida a importação de veículos novos, não se justifica a proibição de usados. O critério de discriminação, no caso, atua contra os de menor capacidade econômica, lesionando assim o princípio da isonomia.

— Remessa oficial improvida.” (TRF da 5ª R., 1ª Turma, REO nº 39186-CE, reg. nº 94.05.00891-9, Rel. Juiz Hugo Machado, j. 16.3.94, unânime, DJ 2 de 15.07.94, p. 37937) Grifamos.

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULOS USADOS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA

ISONOMIA E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1— A proibição da importação de veículos usados fere os princípios da isonomia e da legalidade, porquanto se permite a importação de veículos novos — havendo, assim, tratamento desigual entre os compradores de menor poder aquisitivo e os mais aquinhoados — e em virtude da portaria 08/91, que proíbe a referida importação, não ter respaldo legal.

2— Precedentes desta Corte.

3— Preliminares rejeitadas. Segurança concedida. (TRF da 5ª R., 2ª Turma, MS 930527220-PE, Rel. Juiz Araken Mariz, j. 15.12.93, AGUARDANDO PUBLICAÇÃO) Grifamos.

“ADMINISTRATIVO. IMPORTAÇÃO DE VEÍCULOS USADOS. COMPETÊNCIA DA CACEX. VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 27, DA PORTARIA 08/91.

AUSÊNCIA DE RESPALDO LEGAL E CONSTITUCIONAL. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA LEGALIDADE E DA LIVRE INICIATIVA.

....omissis....

2— A Carteira de Comércio Exterior do Banco do Brasil S/A é parte legítima para ocupar a posição de autoridade impetrada, responsável pela expedição de guias de importação, de acordo com diretrizes do Departamento de Comércio Exterior do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento.

3— A vedação a importação de veículos estrangeiros usados está materializada apenas na Portaria 08/91, inexistindo qualquer previsão legal a respeito, o que contraria o novo sistema que desconhece a ação regulamentadora autônoma pela Administração.

4— A interpretação das normas jurídicas deve levar em conta o seu aspecto teleológico e uma concepção sistêmica do ordenamento jurídico, o que deve motivar a análise da mencionada vedação em concatenação como os princípios constitucionais da isonomia e da legalidade.

5— O que, em tese, justificaria a proibição de importação é a proteção a indústria nacional, que reclamaria a vedação, também, da internação de veículos novos. Inexistindo

qualquer óbice a importação de veículos novos, resulta odiosa a discriminação verificada com a aplicação do art. 27, da Portaria 08/91.

6— O princípio da legalidade, quanto a Administração Pública, tem dimensão diferente da evidenciada quanto aos particulares, *vez que fixa, com precisão, os exatos limites da ação administrativa, sendo mínima, a esfera de liberdade, restrita, ainda que se cuide de atos discricionários.*

7— A livre iniciativa está consagrada na ordem econômica constitucional e como fundamento da própria República Federativa do Brasil, podendo atuar o particular com total liberdade, ressalvadas apenas as proibições legais. Não se tolera restrição a tal liberdade, sem o devido respaldo legal.

8— Preliminar rejeitada. *Apelação não conhecida e remessa oficial improvida*". (TRF da 5ª R., 2ª Turma, AMS 930527765-CE, Relator Juiz José Delgado, j. 03.08.93, *unânime*, DJ 27.09.93, p. 40.993). Grifamos.

É bem verdade que o Tribunal da 4ª Região sumulou em sentido contrário.

Considerando todo exposto, dou provimento à apelação para conceder a ordem.

É o voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Ao proferir voto no julgamento da Apelação Cível nº 93.03.108821-2, que tratou de matéria semelhante, tive a oportunidade de afirmar o direito de importar veículos usados com argumentos em parte diversos daqueles constantes do, como sempre brilhante voto da eminente Juíza Lúcia Figueiredo. Por esta razão e só por isto, faço a presente declaração que praticamente, com alguns acréscimos, repete o voto a que me referi nos termos seguintes.

Alega-se, neste recurso, que a Portaria nº 08 — DECEX — teria violado o princípio da legalidade, daí porque se pretende invalidá-la.

Segundo se observa do texto constitucional, a função administrativa, no Brasil, só pode ser exercida segundo a lei. Basta a leitura dos artigos 5º, n. II, 37 e 84, n. IV para se chegar

a esta conclusão. É, aliás, o que a respeito ensina Celso Antonio:

“Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete do direito brasileiro”.

(“Curso de Direito Administrativo”, 5ª ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1994, p. 48)

A matéria “sub *judice*”, portanto, encerra, talvez, um dos problemas mais sérios do direito constitucional, qual seja, o de conciliar o princípio da legalidade com a necessidade de respostas ágeis da Administração para solucionar as questões relativas ao comércio exterior que, todos sabemos, é do maior dinamismo. E a pergunta que se faz é a seguinte: em que medida pode o braço administrativo do Estado agir com presteza para facilitar, dificultar e, até mesmo, proibir a importação ou exportação de bens segundo as necessidades momentâneas? A pergunta tem sentido não só porque o Congresso Nacional, órgão encarregado constitucionalmente de criar direitos ou impor restrições ao seu exercício, não tem a agilidade reclamada pelo tema, mas, também, pela necessidade de observância das regras do processo legislativo.

Ciente destas dificuldades, há uma tendência de se encontrar no artigo 237 da Constituição o fundamento para a prática de tais atos pelo Executivo.

Mas, estaria correto conferir tal elastério àquele dispositivo?

A Constituição diz:

“Art. 237. A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda”.

Que a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior sejam atribuições do Ministro da Fazenda ninguém duvida. Mas, será que esta atividade deve ser exercida sob a lei, ou livremente por ato de vontade do Poder Exe-

cutivo? O recurso ao dicionário já revela que as expressões fiscalização e controle são sinônimas, daí porque Aurélio registra que controle significa fiscalização exercida sobre as atividades de pessoas ou órgão para que tais atividades não se desviem de normas preestabelecidas (“Novo Dicionário da Língua Portuguesa”, 2ª ed., RJ: Ed. Nova Fronteira, 1986, p.469).

Bem se vê que as atribuições conferidas pela Constituição ao Ministério da Fazenda, mero órgão auxiliar do Presidente da República, devem ser exercidas para verificar a coincidência das atividades dos particulares às normas preestabelecidas. Normas estas que são da competência do Congresso Nacional como se deduz da conjugação dos artigos 22, n. VIII, que confere à União a competência privativa para legislar sobre comércio exterior, com o artigo 48, o qual atribui ao Congresso Nacional a tarefa de dispor, com a sanção do Presidente da República, ou seja, por lei, sobre todas as matérias de competência da União. A meu ver, portanto, a fiscalização e o controle competem ao Executivo. Este, porém, deve exercê-las sob o comando legal, como qualquer ato de política condicionador do direito à liberdade ou à propriedade tendente a prevenir e obstar as atividades dos particulares contrastantes com os interesses sociais.

Em outras palavras, o Executivo pode e deve, em alguns casos, exercer com maior amplitude, o poder de polícia para compatibilizar a liberdade da iniciativa privada quando entender que esta esteja confrontando o interesse social. Contudo, este agir deverá ser exercido segundo critérios a serem estabelecidos em lei.

Desse modo, concilia-se a reclamada agilidade do Executivo, com a fixação de uma política de comércio exterior pelo Congresso Nacional como se pode observar do exemplo abaixo:

A ninguém espanta que a lei diga: o Ministério da Fazenda, dadas certas condições, poderá estabelecer requisitos, restringir ou até proibir a emissão de guias de importação de carros usados, pois desse modo a agilidade

que se exige da Administração fica garantida e preservado o princípio da legalidade. Neste sentido, aliás, é a lição de José Afonso da Silva transcrita no excelente memorial oferecido pela parte “in verbis”:

“Mas o princípio da legalidade vincula-se a uma reserva genérica ao Poder Legislativo, que não exclui atuação secundária de outros poderes.

O artigo 5., II, ao estatuir que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa “senão em virtude de lei”, dá margem à controvérsia quanto ao significado da expressão “em virtude de lei”, querendo alguns que basta a existência de uma lei autorizativa de atos com aquele conteúdo, enquanto outros entendem que o conteúdo restritivo da ação há que decorrer diretamente da lei. Parecemos, no entanto, que cabe razão a Massimo Severo Giannini, quando, examinando cláusula semelhante do Direito italiano, esclarece que “não é necessário que a norma de lei contenha todo o procedimento e regule todos os elementos do provimento, pois, para alguns atos do procedimento estatuído e para alguns elementos do provimento pode subsistir discricionariedade”

(“Curso de Direito Constitucional Positivo”, 6ª ed., São Paulo: RT, 1990, p. 363, destaques nossos)

Portanto, quem deve ditar a política de comércio exterior é a lei votada pelo Congresso Nacional, possível, contudo, o exercício do controle e fiscalização desta política pelo Executivo, por meio do Ministério da Fazenda, como autoriza o artigo 237 da Constituição Federal.

Conseqüentemente, seria de se reformar a r. sentença para afirmar o direito da autora de promover a importação de veículos usados, uma vez que a restrição contida no artigo 27 da Portaria nº 08 do DECEX não se respalda na lei.

Todavia, para não deixar sem resposta o óbice que se opõe à restrição em si e admitindo que a Portaria foi regularmente baixada pelo DECEX com base no exercício do poder de polícia, passo a examiná-la.

Como já afirmei, há certas atividades importantes conferidas à Administração que não

podem ser meras repetições da lei. O Executivo pode e deve colaborar com a lei para assegurar o seu respeito. É a lição do sempre lembrado Celso Antônio:

“A atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos desgina-se “Poder de Polícia”. A expressão, tomada neste sentido amplo, abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos. Por isso, nos Estados Unidos, a voz *police power* reporta-se sobretudo às normas legislativas através das quais o estado regula os direitos privados, constitucionalmente atribuídos aos cidadãos, em proveito dos interesses coletivos, como bem anota Caio Tácito.

A expressão “Poder de Polícia” pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções) do Poder Executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de Polícia Administrativa.

Jean Rivero definiu-a como “o conjunto de intervenção da Administração que tende a impor à livre ação dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade”.

Na Itália, as conceituações, de modo geral, ressaltavam a idéia de que o Poder de Polícia se destina a impedir um dano para a coletividade, que poderia resultar do exercício da liberdade e da propriedade se uma e outra não fossem contidas em limites estabelecidos à vista do propósito de harmonizá-las com os interesses da coletividade”. (“Curso de Direito Administrativo”, 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 394-395).

Contudo, mesmo esta liberdade do Executivo para exercer tal competência pode ser objeto de indagação e controle. De que modo? Pelo exame dos motivos e fundamentos invocados para impor restrições à liberdade dos cidadãos. Não é por outra razão que Lúcia

Figueiredo (“Curso de Direito Administrativo”, São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 130), afirma ser a motivação a “pedra de toque” do controle da discricionariedade. Resta, assim, examinar se a Portaria em tela se constitui um ato arbitrário, ou se rendeu homenagens aos princípios constitucionais, dentre eles o da razoabilidade. Para Celso Antônio a atuação do Executivo, no exercício do poder discricionário está condicionada ao princípio da razoabilidade, segundo o qual ao atuar no exercício da discricção o Estado “terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas — e portanto jurisdicionalmente invalidáveis — as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.

Com efeito, o fato da lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbido, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como *critério exegeticó* de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o Administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de direito”. (ob. cit.: p.54)

Daí a pergunta: seria razoável a proibição

de importação de bens usados? A resposta é: depende. É que ninguém duvida que a importação de pneus usados contraria os interesses nacionais, pois é notório que a carcaça destes objetos constitui-se num dos maiores problemas ambientais dos países do chamado “primeiro mundo”, sendo a sua importação vista como uma real transferência do problema do exportador que não tem onde depositá-las para o importador. Nesta hipótese, a proibição seria mais do que razoável.

O que dizer, entretanto, da proibição de importar carros usados?

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região já decidiu que:

“A importação de veículos estrangeiros seria justificada pela proteção à indústria automobilística nacional.

Tal proteção, em tese, atingiria principalmente os veículos novos. Se este o espírito da norma, há uma perfeita identidade entre os veículos estrangeiros novos e usados na apreciação da sua ameaça ao mercado interno, a motivar a vedação da importação. Aliás, a rigor, só abrindo um parêntese, tal vedação melhor se justificaria se se cuidasse de veículos novos, em defesa da indústria automobilística nacional, que oferece milhares de empregos.

Afastada esta, não existe qualquer razão plausível para se impedir a interinação de veículos importados usados”.

(AMS nº 93.05.16027-1, rel. JUIZ JOSÉ DELGADO, j. 03.08.93, v.u.)

Além da proteção à indústria nacional, po-

der-se-ia invocar a frustração de interesses fazendários de arrecadação pela falta de tabela preço confiável dos veículos usados. Contudo, o argumento não resiste. É que para solver este problema a Administração poderia, muito bem, eleger uma pauta com valores pré-fixados mediante prévia coleta de preços.

Por outro lado, é de se lembrar que a própria Portaria, em outra passagem, impôs a observância de certos requisitos de idade, capacidade e outros para permitir a importação de máquinas, equipamentos ou instrumentos usados, condições estas dentre outras que poderiam ter sido estabelecidas, também, em relação aos veículos usados, mas não o foram. Vê-se, portanto, que a restrição contida no artigo 27 da Portaria em exame peca pela falta de razoabilidade, razão suficiente, a meu ver, para invalidar a proibição que só poderia ser imposta uma vez demonstrado que a liberdade do particular confronta com os interesses sociais.

Assim, ainda que a Administração estivesse autorizada a proibir a importação dos veículos usados, motivação oferecida com a resposta ou mesmo aquela pressuposta, não resiste à menor indagação.

Desse modo, tenho que também sob este ponto de vista é inválida a regra proibitiva da importação de veículos usados.

Por estas razões que me levaram a acompanhar, subscrevendo em todos os seus termos o voto da eminente Juíza Relatora Lúcia Figueiredo.

Juiz Silveira Bueno