PARECERES

IMPORTAÇÃO DE BENS USADOS — PROIBIÇÃO — REGULAMENTO AUTÔNOMO

PARECER

Importação de veículos usados. Proibição estabelecida em portaria do Departamento de Comércio Exterior do Ministério da Economia. Ilegalidade da vedação. O princípio da legalidade e da reserva legal. Inexistência, entre nós, de regulamentos autônomos. Interpretação do art. 237 da Constituição Federal.

I. A CONSULTA

Empresa de importação e exportação de veículos consulta-me sobre a legalidade da Portaria nº 8, de 13 de maio de 1991, do Departamento de Comércio Exterior (DECEX), órgão do Ministério da Economia, que proibiu a importação de bens de consumo usados. A vedação está enunciada no art. 27 daquele ato normativo nos seguintes termos:

"Não será autorizada a importação de bens de consumo usados."

O Tribunal Regional Federal da 4ª Regsião, decidindo mandado de segurança preventivo impetrado pela consulente, em face das repetidas, invariáveis e notórias negativas do DECEX em expedir licença de importação de veículos automotores usados, por sua 3ª Turma entendeu que inexistindo lei que autorize ou proíba a importação desses bens, nada impedia que aquele órgão da Administração Pública editasse a regra expressa na mencionada Portaria.

Trazendo-me cópia dessa decisão, pede-me a consulente que responda a estas indagações:

(a) Existe, no Direito brasileiro, lei em sentido formal que proíba a importação de bens de consumo usados?

(b) Na hipótese de ser negativa a resposta à questão anterior, na ausência de lei, é possível, entre nós, criar a Administração Pública, relativamente ao comércio exterior, restrições à liberdade ou à propriedade dos particulares mediante atos normativos por ela própria exarados?

(c) Caso seja afirmativa a resposta ao quesito antecedente ou admitindo-se, só para argumentar a possibilidade de atos normativos infralegais no silêncio da lei, a Portaria nº 8/91 do DECEX, seria compatível com outros atos normativos, editados pelo Ministro da Economia, designadamente com as Portarias nº 56, de 15 de março de 1990 e 259, de 31 de maio de 1990?

II. INEXISTÊNCIA DE LEI PROIBITIVA

2. A dúvida pertinente à existência ou não de lei em sentido formal que tenha interditado a importação de bens de consumo usados, creio que foi bem afastada pelo acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, referido na consulta.

Ali se afirmou, parece-me que com inteiro acerto, como se lê na ementa da decisão, que "inexiste lei que autorize ou proíba a importação de bens de consumo usados". A ementa reflete com fidelidade o que no corpo do acórdão está enfaticamente consignado neste trecho:

"Ocorre, porém, como já se disse, que a lei não autoriza a importação de bens de consumo usados. Com maior clareza: a lei é omissa, não permite nem veda o ato. É silente".

Quanto a isto nada tenho a tirar ou por. Também desconheço, no ordenamento jurídico nacional, lei em sentido formal que expres-

samente autorize ou vede a importação de bens de consumo usados.

Passo a examinar, portanto, a correção da conseqüência que o Tribunal extraiu dessa premissa, ao acompanhar o voto do relator e ao responder, como ele, a interrogação que assim se fazia:

"Nesse vazio de regramento, poderia o administrador dispor sobre a regra restritiva de importação, como o fez no citado art.27 da Portaria 8/91? Penso que sim (...)".

Em outras palavras, entendeu o Tribunal que as áreas não abrangidas pela lei podem ser alcançadas por atos normativos do Poder Executivo, o qual não estaria, assim, nesses campos, inibido de criar deveres e obrigações para os administrados, ou de estabelecer restrições à sua liberdade, ou ainda de intervir na sua propriedade.

A importância e, diria até mesmo, a gravidade da assertiva está especialmente na circunstância de que não foi feita em pronunciamento isolado daquele órgão jurisdicional . Ela traduz uma convicção consolidada, a ponto de converter-se na Súmula 19 do TRF da 4ª Região, que qualifica como legal a restrição imposta na Portaria nº 8/916 do DECEX, referentemente à importação de veículos usados.

Julgo, porém, que essa orientação jurisprudencial dificilmente pode ser conciliada com a noção de Estado de Direito, acolhida com especial relevo na Constituição de 1988, ou com os princípio da legalidade e da separação das funções do Estado, bem como com o sistema de hierarquia das normas jurídicas, igualmente consagrados pelo nosso texto constitucional.

Em termos menos abstratos e genéricos, tudo está em saber, em síntese, quais são os limites constitucionalmente impostos ao Poder Executivo para a edição de atos normativos.

III. INEXISTÊNCIA DE REGULAMENTOS AUTÔNOMOS

Na história política e constitucional do Brasil, em diferentes momentos históricos e por razões várias que não cabe aqui examinar, atos do Poder Executivo foram alçados ao nível das leis, possuindo valor e eficácia, senão absolutamente idênticos, pelo menos muito assemelhados aos atos normativos emanados do Poder Legislativo. O decreto com força de lei, o decreto-lei e, atualmente, a medida provisória são exemplos disso.

Dizem uns que eles significam, em termos estritos e rigorosos, brechas ou fissuras no dogma da separação das funções do Estado, como concebido pelos filósofos políticos do século XVII e XVIII, e, portanto, um desvirtuamento da própria noção original de Estado de Direito, que tem no princípio da legalidade formal um dos seus pilares de sustentação. Muitos afirmam, entretanto, em contraposição, que a separação das funções do Estado nunca foi absoluta e, no mundo moderno, o Estado de Direito ideal passou a ser uma noção livresca, uma idéia relegada ao museu, um platonismo cada vez mais distante da realidade. O Estado de Direito que hoje é possível tem necessariamente de conviver com o poder normativo do Executivo, pois os desafios dos tempos em que vivemos freqüentemente não podem esperar pelas respostas dos parlamentos e assembléias, cujas deliberações geralmente não dispensam demorado processo de elaboração.

Seja como for, agora não é meu propósito investigar as hipóteses, felizmente sempre excepcionais, em que o Poder Executivo dispõe de competência para exercer materialmente função legislativa por atos que, quanto à força e eficácia, em pouco ou nada se distinguem dos praticados pelo Congresso Nacional no desempenho de sua atribuição mais característica.

A questão que me foi proposta tem outro alcance. Ela visa a esclarecer se o Poder Executivo, na nossa estrutura constitucional, está investido da faculdade de criar normas jurídicas sobre matérias das quais a lei não cuidou e que afetem os indivíduos na sua liberdade e propriedade.

Isto equivale a indagar se é admissível que atos do Poder Executivo, excluídas as situações já referidas, sejam, no silêncio da lei,

fontes originárias de Direito ou, ainda, se existiria um poder normativo geral que incumbisse à Administração Pública e que seria exercitável sempre que o Poder Legislativo não tivesse feito uso da sua competência em determinada área.

Esclareço que a palavra lei é empregada aqui na sua acepção formal, isto é, como ato normativo emanado do Congresso nacional e elaborado em conformidade com o processo constitucionalmente previsto.

É conveniente observar, inicialmente, que desde a Constituição do Império não se modificou substancialmente, no quadro da hierarquia das normas e dos vínculos de supremacia e subordinação entre elas estabelecidos, as posições ocupadas pelas leis e pelos atos normativos infralegais, dentre os quais se destacam os regulamentos.

Diferentemente do que ocorreu em outros países, cujos modelos freqüentemente serviram e continuam a servir de inspiração no desenho de nossas instituições jurídicas, pode-se dizer que no Brasil sempre se entendeu que os regulamentos — e, pois, também os demais atos normativos infralegais, como portarias, circulares, resoluções etc. — estão integralmente condicionados pela lei.

Para concentrar tudo numa fórmula breve, quer isto significar que não lhes é dado criar direitos deveres ou obrigações não previstas pela lei ou, inversamente, suprimir ou restringir direitos, deveres e obrigações criados por lei. Não lhes cabe, igualmente, ordenar, autorizar ou proibir o que a lei não tenha ordenado, autorizado ou proibido.

Dentro desses limites intransponíveis, servem eles para tornar mais claro, exato e pormenorizado o que na lei foi tratado em termos amplos, de tal maneira que a fiel execução das leis fique facilitada pela eliminação de dúvidas, imprecisões ou obscuridades.

As Constituições brasileiras sempre atribuíram aos regulamentos a função de servir à boa execução das leis, à fiel execução das leis ou simplesmente à execução das leis (Constituição de 1824, art.102, XII; Constituição de 1891, art.47, § 1º; Constituição de 1934, art.56, § 1º; Constituição de 1946, art. 87, I; Constituição de 1967, art.83, II; Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art.81, III; Constituição de 1988, art.84, IV).

A doutrina nacional, por sua vez, na interpretação dessas disposições, não se afastou do que, a propósito, escreveu Pimenta Bueno, em paginas admiráveis, nos seus comentários à nossa primeira Constituição. A lição, antiga de quase dois séculos, mas de viva atualidade, apesar de extensa merece ser transcrita nos seus tópicos principais, pois ninguém, depois do seu autor, discorreu melhor sobre o tema.

Após observar que seria inconveniente ou impossível que a lei *"previsse e descesse a todos os detalhes de sua execução"* conclui Pimenta Bueno que a outorga ao Poder Executivo para editar atos destinados à execução das leis *"é mesmo uma atribuição indispensável ao governo, um dos modos por que ele consegue preencher sua missão executiva, por que segura a observância da lei, remove as dificuldades e imprime sua impulsão, ou direção administrativa"*.

Passa, então, a definir os regulamentos:

"Os regulamentos são pois atos do poder executivo, disposições gerais revestidas de certas formas, mandadas observar por decreto imperial, que determinam os detalhes, os meios, as providências necessárias para que as leis tenham fácil execução em toda a extensão do Estado. São instruções metódicas, circunscritas e não arbitrárias, que não podem contrariar o texto nem as deduções lógicas da lei, que devem proceder de acordo com os seus preceitos e conseqüências, que não tem por fim senão empregar os expedientes acidentais e variáveis, precisos para remover as dificuldades e facilitar a observância das normas legais. São medidas que regulam a própria ação do poder executivo, de seus agentes, dos executores, no desempenho de sua missão; são atos, não de legislação, sim de pura execução, e dominados pela lei."

Por fim, de maneira inexcedível, analisa os limites do poder regulamentar:

"Do que temos expostos e do princípio tam-

bém incontestável, que o poder executivo tem por atribuição executar, e não fazer a lei, nem de maneira alguma alterá-la, segue-se, evidentemente que ele cometeria grave abuso em qualquer das hipóteses seguintes:

1.) Em criar direitos, ou obrigações novas, não estabelecidas pela lei, porquanto seria uma inovação exorbitante de suas atribuições, uma usurpação do poder legislativo, que só poderá ser tolerada por câmaras desmoralizadas. Se assim não fora, poderia o governo criar impostos, penas, ou deveres, que a lei não estabeleceu, teríamos dois legisladores e o sistema constitucional seria uma verdadeira ilusão.

2) Em ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações, porquanto a faculdade lhe foi dada para que fizesse observar fielmente a lei, e não para introduzir mudança ou alteração alguma nela, para manter os direitos e obrigações como foram estabelecidos, e não para acrescentá-los ou diminuí-los, para obedecer ao legislador, e não para sobrepor-se a ele.

3) Em ordenar, ou proibir o que ela não ordena, ou não proíbe, porquanto dar-se-ia abuso igual ao que já notamos no antecedente número primeiro. E demais, o governo não tem autoridade alguma para suprir, por meio regulamentar, as lacunas da lei, e mormente do direito privado, porque estas entidades não são simples detalhes, ou meios de execução. Se a matéria como princípio é objeto da lei deve ser reservada ao legislador; se não é, então não há lacuna na lei, sim objeto de detalhe de execução.

4) Em facultar, ou proibir, diversamente do que a lei estabelece, porquanto deixaria esta de ser qual fora decretada, passaria a ser diferente, quando a obrigação do governo é de ser em tudo e por tudo fiel e submisso à lei.

5) Finalmente, em extinguir ou anular direitos ou obrigações, pois que um tal ato eqüivaleria à revogação da lei que os estabelecera ou reconhecera; seria um ato verdadeiramente atentatório." (Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, Brasília, Senado Federal, 1978, p.233 e segs.).

Essas palavras que caracterizam os regulamentos (e, pois, os demais atos normativos infralegais) como atos condicionados, derivados dependentes, secundários ou acessórios, com relação às leis, foram endossadas e ratificadas, em diferentes épocas, pelos nossos mais renomados autores de Direito Público.

Assim, Ruy Barbosa[1], Carlos Maximiliano[2], Pontes de Miranda[3], Ruy Cirne Lima[4, 5];

1 *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires, Saraiva, São Paulo, 1932 vol.I, p. 409 "...visto que a Constituição nitidamente separa da função de legislar a de regular, cometendo cada uma, como privativa, a um só poder".

2 *Comentários à Constituição de 1946*, "O seu dever (do Poder Executivo) é cumprir, e não fazer a lei". Enumera, a seguir, o grande constitucionalista as limitações já assinaladas por Pimenta Bueno, no trecho transcrito.

3 *Comentários à Constituição de 1946*, Rio, Borsoi, 1963 vol. III, p.121) "Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhas à lei, ou faz reviverem direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que a lei apagou, é inconstitucional. Por exemplo: se faz exemplificativo o que é taxativo, ou vice-versa. Tão-pouco pode ele limitar, modificar ou ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções. Não pode facultar o que na lei se proíbe, nem lhe procurar exceções à proibição, salvo se estão implícitas, nem ordenar o que a lei não ordena."

4 *Princípios de Direito Administrativo*, Porto Alegre, Globo, 1937, p.41 "*contra legem* ou sequer *praeter legem*, o regulamento administrativo, endereçado, como vimos, à generalidade dos cidadãos, nenhuma importância como direito material possui. Avulta nele certamente o cometimento técnico. Cumpre-lhe resolver os problemas da execução da lei — problema técnico jurídico por excelência".

5 *Sistema de Direito Administrativo*, Porto Alegre, Sta. Maria, 1953, p.91 "Qualquer que seja o seu objeto, contudo, o regulamento tem apenas eficácia *intra legem*"

Miguel Reale[6], Celso Antônio Bandeira de Mello[7], Celso Ribeiro Bastos[8] e Maria Sylvia Zanella Di Pietro[9].

É certo que, contrariando a opinião francamente dominante, Hely Lopes Meirelles sustentou a existência, no direito brasileiro, de regulamentos autônomos ou independentes, ou seja, de atos normativos do Poder Executivo dispondo sobre matérias de que a lei não tratara (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1995, p.111 e segs.). Contudo, o ilustre administrativista estabelecia limites a esse poder da Administração de editar normas no vazio da lei, advertindo que "*o essencial é que o Executivo ao expedir regulamento — autônomo ou de execução da lei — não invada as chamadas "reservas da lei", ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados na Constituição*" (op. cit., p.112).

Identifica-se facilmente no pensamento do mestre paulista a influência da doutrina alemã do fim do século XIX e do início deste século. Na Alemanha, nessa época, também se entendia que, no silêncio da lei, poderia a Administração editar normas jurídicas. Mas igualmente observava-se de que a elas não seria dado ultrapassar os limites do território que a Constituição reservara para as leis, o que vale dizer: desde que aquelas normas não restringissem a liberdade ou a propriedade dos indivíduos.

É o que se lê em Otto Mayer, o fundador do moderno direito administrativo germânico. Para ele, o princípio da legalidade estrita, tal como existe no Direito Penal (*nulla poena sine lege*) não pode ser aplicado à Administração Pública. Só relativamente a certas matérias de maior importância, como as pertinentes à liberdade e à propriedade, é que o Poder Executivo seria dependente da lei. "*Para todos os outros casos o poder executivo permanece livre; ele age em virtude de sua própria força, e não em virtude da lei. Nós chamamos essa exclusão da iniciativa do executivo — que existe para essas matérias especialmente assinaladas — de a reserva da lei*".[10]

6 *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p.12 "Os atos legislativos não diferem dos regulamentos ou de certas sentenças pela sua natureza normativa, mas sim pela originariedade com que instalam situações jurídicas novas, pondo o direito e, ao mesmo tempo os limites de sua vigência e eficácia, ao passo que os demais atos normativos explicitam ou complementam as leis, sem ultrapassar os horizontes da legalidade."

7 *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1994, p.50"... que administração é atividade subalterna à lei; que se subjuga inteiramente a ela; que está completamente atrelada à lei; que sua função é tão-só a de fazer cumprir lei preexistente e, pois, que regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o direito brasileiro".

8 *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1994, p.18 "O regulamento há de ater-se a viabilizar o cumprimento da lei e se exterioriza por meio do decreto. Pode introduzir aspectos não cogitados por aquela, desde que, logicamente, subordinados e instrumentalizados com vistas ao atingimento do fim último da lei. Ao regulamento não é dado estabelecer obrigações iniciais, ou seja, não pode ser a fonte direta da criação de um tributo, ou mesmo de uma multa ou sanção, uma vez que estaria subvertendo sua função meramente executória e assumindo o lugar da própria lei, como fonte de todas as obrigações normativas do nosso Direito."

9 *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 1992, p.63 "Ele (o poder regulamentar) somente se exerce quando a lei deixa alguns aspectos de sua aplicação para serem desenvolvidos pela Administração, ou seja, quando confere certa margem de discricionariedade para a Administração decidir a melhor forma de dar execução à lei."

10 *Le Droit Administratif Allemand*, Paris, Giard & Brière, 1903, vol. I, p.92: "La loi donne à la justice le fondement indispensable de son activité; il n'y a pas de jugement autrement que sur la base d'une règle de droit; nulla poena sine lege. Il est impossible de tenir l'activité de l'administration dans une dépendance aussi complète. Ce n'est donc pour certains objets particulièrement importants, qu'ton a fait de la loi constitutionelle une condition indispensable de l'tactivité de l'Etat. Pour tous les autres cas, le pouvoir éxecutif reste libre; il

No entanto, prossegue o mesmo autor, contrariamente ao que pensavam autores eminentes, entre eles Gneist, a reserva da lei (*Vorbehalt des Gesetzes*) não se confunde com a preferência da lei (*Vorrang des Gesetzes*), expressão esta que meramente significa que, no confronto entre a lei e os atos normativos infralegais, aquela prevalece sobre estes. Se reserva da lei e preferência da lei fossem conceitos idênticos, na hipótese de inexistir lei que dispusesse sobre a desapropriação, a requisição de bens ou as medidas de polícia, poderia o governo dispor como bem lhe aprouvesse sobre essas matérias que concernem à liberdade e à propriedade dos indivíduos.

"*Ora*, conclui, *é o contrário que é o verdadeiro: o governo, nessas hipóteses, estaria sem forças, em razão da reserva da lei, que está contida na Constituição*"[11].

No belo prefácio que escreveu à edição francesa da obra de Otto Mayer, destaca Berthélemy passagens do mestre alemão em que estabelece o cotejo entre o direito germânico e o direito francês, no pertinente à sujeição da Administração Pública à lei. No direito alemão, a possibilidade de a Administração Pública agir na ausência ou no silêncio da lei — salvo, bem entendido, nas hipóteses de reserva legal — seria um resíduo, um resquício do Estado de polícia. A vontade do rei, a *voluntas regis*, ocuparia ainda um lugar de tal relevo na vida do Estado, ao lado da soberania nacional, que a assemelharia à *suprema lex*. Em contraste, o regime da legalidade teria sido integralmente realizado pelo direito administrativo francês[12], onde a Administração Pública só poderia atuar quando legalmente autorizada.

Na verdade, tal situação permaneceu assim no direito francês até o *arrêt* Labonne, do Conselho de Estado, em 1919. Essa decisão do mais alto tribunal administrativo francês, antecedida pelo *arrêt* Heyriès, de 1918 — ambas manifestamente influenciadas pelo clima político vigorante logo após o término do primeiro grande conflito mundial — essa decisão mudou completamente o entendimento anterior, para fixar a orientação de que "*é da competência do chefe de Estado, fora de qualquer delegação legislativa e em virtude de seus próprios poderes, determinar quais as medidas de polícia que devem ser aplicadas em qualquer caso em todo o território*"[13].

Explicam George Vedel e Pierre Delvolvé que o fundamento jurídico do pronunciamento do Conselho do Estado deve ser buscado na Lei Constitucional de 25 de fevereiro de 1875, na qual simplesmente se declara que "*o Presidente da República supervisiona e assegura a execução das leis*".

Daí tirou-se a conseqüência, segundo ainda aqueles prestigiados autores, de que a execução das leis não se limita à execução de cada lei isoladamente, "*mas comporta uma tarefa geral de manutenção da ordem pública. Essa missão foi outorgada de uma só vez pela Constituição, não sendo mister que seja relembrada pelas leis particulares*".[14]

Abria-se, dessa maneira, o caminho para a consolidação do prestígio dos regulamentos autônomos ou independentes e do poder regulamentar geral, no direito francês, que encontrariam sua consagração definitiva na Constituição de 1958, que inaugura a Vª República.

Como é bem conhecido, a atual Constituição francesa discrimina, em *numerus clausus*, quais as matérias que são privativas da lei (art.34), deixando as demais para os regulamentos (art.36). não será exagero afirmar que, nesse contexto e no quadro geral das normas jurídicas, os regulamentos passaram a ser a regra e as leis a exceção.

agit em vertu de sa propre force, et non pas en vertu de la loi. Nous appellons cette exclusionde l'initiative de l'exécutif — qui existe pour ces objets spécialement signalés — la réserve de la loi".

11 Op. vol. e p. cits. nota 12.

12 Op. vol. cits, p.VI.

13 Long/Weil/Braibant, *Les Grands Arrets de la Jurisprudence Administrative*, Paris, Sirey, 1993, p.206.

14 *Droit Administratif*; Paris, PUF. 1992, vol. I, p.29-30.

Não deixa de ser curioso, para encerrar essas considerações de direito comparado, que o direito alemão tenha se orientado em sentido inverso ao seguido pelo direito francês, ao restringir consideravelmente o papel e a importância dos regulamentos em face da lei. O art. 20, § 3º, da Lei Fundamental de Bonn proclama que os poderes executivo e judiciário "*são vinculados à lei e ao direito*". E seu art.80, § 1º, que dispõe sobre os chamados regulamentos delegados, estatui que a lei deve definir o conteúdo, o fim, e a extensão ou medida (*Inhalt, Zweck und Ausmass*) desses atos normativos.

Vê-se, pois, que esses preceitos constitucionais baniram do direito constitucional alemão contemporâneo os regulamentos autônomos que ainda existiam ao tempo de Otto Mayer. Hoje, em termos de Administração Pública, o princípio da reserva legal significa que todo o exercício da função administrativa é condicionado pela lei e que toda a atividade do Poder Público, nesse campo, depende de autorização legal.[15]

O sistema jurídico brasileiro, no tocante às relações entre lei e regulamento, não guarda porém qualquer semelhança com o sistema jurídico alemão do início do século, como acreditava Hely Lopes Meirelles, e muito menos ainda com o sistema jurídico francês, do *affaire* Labonne até os nosso dias.

Notadamente sob a Constituição de 1988, é claríssima sua repulsa a outra modalidade, espécie ou tipo de regulamento que não seja o de execução das leis. Não há, em nenhuma hipótese ou circunstância, lugar para o poder regulamentar geral, ao estilo francês, para os regulamentos autônomos, ou para fonte originária do direito que não seja a lei.

É esta uma decorrência não apenas da regra do art.84, III, que confere ao Presidente da República competência para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis, como sobretudo do princípio da legalidade, inscrito no art. 37, quanto à Administração Pública e no art. 5º, II, quanto aos particulares, além de outros preceitos, especialmente o art.84,VI e o art.49, V.

Ao tempo da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, tinha o Presidente da República competência privativa para "*dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal*" (art.81, V). Sendo competência privativa, nesse espaço não poderia nem mesmo a lei penetrar. Concluía-se, então, a fio de lógica, que o Chefe do Executivo estava investido, para aqueles efeitos, de poder regulamentar autônomo. Seria esta, talvez, a única hipótese em que o regulamento elevava-se à condição de fonte originária ou primária do direito.

A atual Constituição, ao estabelecer, no art. 84, o elenco das hipóteses de competência privativa do Presidente da República, deu ao inciso VI (que corresponde ao inciso V, do art. 81, no texto de 1969) uma redação que não deixa dúvida quanto à natureza de atos condicionados, secundários, dependentes, derivados ou acessórios que passaram a ter os regulamentos em matéria de organização administrativa.

Com efeito, o que agora a Constituição prescreve é que ao Chefe do Executivo incumbe privativamente "*dispor sobre a organização e o funcionamento da administração*

15 São esclarecedoras, a este respeito, as palavras de um dos maiores administrativistas alemães contemporâneos, Hartmut Maurer: "Segundo o princípio da reserva legal, a Administração só pode agir quando autorizada por lei. Este princípio exige mais do que o da preferência da lei. Enquanto este apenas atua de forma negativa, proibindo os conflitos com as leis vigentes, aquele impõe positivamente um fundamento legal para a atividade administrativa. A ausência de uma lei, pelo princípio da preferência, não excluiria uma atividade da Administração, ao contrário do que resulta do princípio da reserva" (*Nach dem Vorbehaltsprinzip darf die Verwaltung nur tätig werden, wenn sie dazu durch Gesetz ermächtig worden ist. Dieses Prinzip verlang also mehr als das Vorrangprinzip. Während jenes nur (negative) den Vertoss gegen besteliende Gesetze verbietet, verlang dieses (positiv) eine gesetzliche Grundlage für dier Verwaltunstätigkeit. Das Fehlen eines Gesetzes schliesst nicht nach dem Vorrangprinzip, aber nach dem Vorbehaltsprinzip ein Tätigwerden der Verwaltung aus) (Allgemeines Verwaltungsrecht, München. C.H. Beck, 1982, p. 75*).

federal, na forma da lei" (art. 84,VI). Esta cláusula final, "*na forma da lei*", muda tudo. Com ela, o universo dos regulamentos, sem exceção, passou a ser uniforme e homogêneo, pois todos os atos normativos infralegais se igualaram na característica, desde então comum, de instrumentos da fiel execução das leis.

Parece haver, quanto a este ponto, entendimento indiscrepante da doutrina nacional[16].

De outro lado, o art. 49, V, da Constituição Federal outorga competência exclusiva ao Congresso Nacional para "*sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*".

Ora, se toda a Administração Pública está subordinada ao princípio da legalidade, em todas as suas esferas e níveis e se, ainda, todo o poder normativo do Executivo está vinculado à fiel execução das leis, é irrecusável que o Executivo exorbitará do seu poder regulamentar sempre que contrariar a lei. Essa contrariedade ocorre tanto quando o regulamento dispuser de forma distinta do que dispõe a lei, criando, por exemplo, direitos e obrigações que ela não previu, como quando, na ausência ou no silêncio da lei, editar regras jurídicas novas. Nas duas hipóteses tem o Congresso Nacional a faculdade de sustar os atos normativos do Poder Executivo.

O conjunto absolutamente coerente dos preceitos constitucionais indicados leva à conclusão de que o nosso direito público é peremptório em não admitir os regulamentos autônomos e o poder regulamentar geral.

Mas mesmo que assim não fosse, e a verdade estivesse com Hely Lopes Meirelles e com os juristas alemães do século passado e das primeiras décadas deste século, unidos no reconhecimento da existência dos regulamentos autônomos, ter-se-ia de qualquer modo de ressaltar que estes ilustres doutrinadores jamais deixaram de estabelecer um limite ao poder regulamentar autônomo. Esse limite se exprime na intangibilidade, pelos atos normativos infralegais, da liberdade e da propriedade, matérias que marcam o domínio da reserva da lei; só a lei pode sobre elas dispor.

Nessa perspectiva, a restrição à liberdade de importar bens de consumo usados só mediante lei pode ser instituída.

Diversamente do que sucede com a Administração Pública, que há de fazer o que a lei autoriza, pois não é outro o sentido do princípio da legalidade a que se acha sujeita (CF, art.37), os particulares só podem ser obrigados a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei.

Assim preceitua o art. 5º, II da Constituição Federal.

A explicação dessa diferença de tratamento é singela. Os indivíduos gozam de uma liberdade natural, que é reconhecida pelo direito, mas que por ele não é criada. É compreensível, portanto, que o ordenamento jurídico para assegurar a convivência pacífica e o exercício simultâneo das liberdades pelos indivíduos, trace alguns limites à ação deles ou os compila a proceder de determinado modo. Constitui, no entanto, velho dogma do Estado liberal que tais restrições ou interferências, do mesmo modo como sucede com a propriedade, só são admitidas e admissíveis se realizadas mediante lei ou, pelo menos, com base em lei.

A Administração Pública não goza, entretanto, de qualquer liberdade natural. A seu turno, o Estado democrático moderno não se identifica mais com os governantes, como ao tempo do absolutismo, em que as decisões e ordens públicas se confundiam com a vontade do monarca.

A lei, a *ratio*, a razão sem paixão, de que falava Aristóteles, substituiu a *voluntas* do governante. ***Non sub homine sed sub lege***, na

16 Por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p.50, nota, e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, op. cit., p.50 e segs., Diogo de Figueiredo Moreira Neto, embora julgando que as dúvidas não desapareceram de todo sob a Constituição de 1988, acaba por admitir" que a interpretação restritiva é a mais própria, face à exigência constitucional de prévia lei (art. 5º, II e 84, III)". (*Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p.443).

fórmula clássica. O Estado submeteu-se ao direito e à lei, para que os administrados ficassem protegidos do arbítrio e pudessem prever com segurança o regime a que se subordinariam suas relações com o Poder Público. Em outras palavras afirmava-se, desse modo, um dos elementos mais importantes na configuração do Estado de Direito, que é o princípio da legalidade.

Diante desse princípio, tão energicamente enunciado na Constituição de 1988, porque, como se viu, reiterado em várias de suas normas, não hesito em afirmar a impossibilidade jurídica de instituir, diretamente mediante portaria de órgão subalterno da Administração Pública Federal, restrição à importação de bens de consumo usados.

IV. O ART. 237 DA CF

Tem sido afirmado, porém, que toda a linha de argumentação aqui desenvolvida é quebrada pelo que estabelece o art. 237 da Constituição Federal, vazado nestes termos:

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

O poder de fiscalizar e controlar não se confunde com o poder de editar regras jurídicas infralegais, sobretudo em matéria sobre a qual inexiste lei. A fiscalização e o controle, que é exercido sobre o comércio exterior, exige e pressupõe pautas prévias de conduta a que os comerciantes e as pessoas envolvidas naquela espécie de atividade deverão observar. É, portanto, um *posterius*, algo que só vem depois de estarem fixadas as normas, as quais são precisamente o *prius*. O ato de controlar ou de fiscalizar consiste, pontualmente, na verificação da conformidade das práticas do comércio exterior com as regras jurídicas que o disciplinam.

Seria aberrante, configurando mesmo uma nota de estridente dissonância no corpo da Constituição Federal, que o Ministério da Fazenda, sobrepondo-se ao Congresso Nacional se tornasse o senhor todo poderoso do comércio exterior, editando e revogando, ao seu alvedrio, as regras jurídicas sobre essa matéria de tão acentuada importância para a economia do país. Com poderes assim dilatados, o Ministro da Fazenda se transformaria, nessa área, num monarca despótico, num sultão a mandar e desmandar, sem prestar contas de nada e a ninguém.

Evidentemente, não foi essa a intenção do legislador constituinte e não é isso, absolutamente, o que se pode inferir da disposição constitucional, a menos que ela seja lida emprestando-se às palavras "*fiscalização*" e "*controle*" um sentido que os dicionários não registram e que elas jamais possuíram em tempo algum.

Aliás, esclarecendo o significado de controle, anota Aurélio Buarque de Holanda que consiste em "*fiscalização exercida sobre atividades de pessoas, órgãos, departamentos ou sobre produtos etc, para que tais atividades ou produtos não desviem das normas preestabelecidas*".

No caso do Ministério da Fazenda, em matéria de comércio exterior, essas normas preestabelecidas seriam criadas por quem? Pelo Ministro? Pelo Presidente da República? Pelo DECEX?

A resposta é terminantemente negativa. Primeiro porque nem o Presidente da República tem competência, em qualquer hipótese para criar regras jurídicas que não sejam para a fiel execução das leis. Depois porque não seria lógico e não seria sobretudo prudente que o Ministro da Fazenda, que é autoridade auxiliar do Presidente da República na direção superior da administração federal (CF, art. 84,II) tivesse em suas mãos poderes normativos que a Constituição recusou confiar ao Chefe do Executivo nacional.

Neste particular, inverter-se-ia a hierarquia, o Presidente poderia menos que o Ministro. Quanto ao DECEX, então, nem haveria o que falar.

Portanto, por qualquer angulo ou aspecto pelo qual se examine a questão, a conclusão é sempre a mesma e de patente obviedade: na Administração Pública brasileira, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das pessoas jurídicas da administração indireta, não há agente ou autoridade que seja

a *legibus solutus*, como o príncipe do fragmento célebre do Digesto. Ninguém está acima das leis e ninguém é senhor das leis. A atividade normativa da Administração Pública só pode ser exercida, em qualquer matéria, inclusive, portanto, no que respeita ao comércio exterior, quando autorizada por lei.

Ato normativo do Executivo, na ausência de lei, no vazio da lei ou no silêncio da lei é sempre ato ilegalíssimo, por afronta direta ao princípio da legalidade (CF, art.5º, II e art. 37) e às demais regras constitucionais impeditivas dos regulamentos autônomos no direito brasileiro, especialmente quando toca de alguma maneira na liberdade, de que a liberdade de importar bens de consumo usados é uma espécie.

Conceda-se, porém, que, inexistindo lei, pudesse o Ministério da Fazenda editar norma jurídica vedando a importação de bens de consumo usados. Trata-se de uma hipótese de pura ficção, porque, no nosso ordenamento jurídico, como ressaltado, faltando a lei nada pode a Administração Pública. Mas suponhamos que as normas fossem outras e diferente fosse o nosso sistema de Direito Público. Mesmo assim, no caso trazido a meu exame, ter-se-ia de verificar se a Portaria nº 8/91 do DECEX estaria em conformidade com outros atos normativos do mesmo órgão, mas de nível hierárquico superior, porquanto emanados diretamente do Ministro de Estado, tais como a Portaria nº 56, de 15 de março de 1990 e a Portaria nº 259, de 31 de maio daquele mesmo ano.

Declara a Constituição Federal, no art. 87, II, que cabe ao Ministro de Estado "*expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos*".

O Ministro da Fazenda, usando dessa competência, editou aqueles atos normativos, cujo objeto é precisamente a importação de bens de consumo. Pela Portaria nº 56/90 revogou de modo expresso normas da antiga CACEX que determinavam a suspensão da importação de certos bens, entre os quais veículos automotores, e pela Portaria nº 259/90 alterou as aliquotas *ad valorem* do imposto de importação incidentes sobre certos produtos, neles compreendidas determinadas espécies de automóveis.

Naquelas Portarias ministeriais não se encontra, entretanto, qualquer regra expressa, proibindo ou permitindo especificamente a importação daqueles bens.

Todavia, como autorizam a importação de bens de consumo, sem distinguir entre novos e usados, será forçoso concluir, pelos cânones interpretativos consagrados, que uns e outros podem ser trazidos do exterior, desde que, é claro, satisfeitos os tributos pertinentes.

Ora, contra essa autorização que não discrimina entre bens de consumo novos ou usados choca-se a Portaria nº 8/9 1 do DECEX, incisiva no proibir a importação de bens de consumo usados.

Os conflitos entre atos normativos infralegais evidentemente não se distinguem dos conflitos entre as leis. *Lex posterior derogat priori e lex superior derogat inferiori.*

Assim como não haverá hipótese em que a lei posterior é derrogada pela anterior, também jamais tem a lei inferior a força de afastar a lei superior. Enquadra-se na última hipótese o conflito entre a Portaria nº 8/9 1. do DECEX e as Portarias nº 56/90 e 259/90 do Ministro da Fazenda.

Como ato inferior que é aos atos ministeriais, nunca a Portaria do DECEX poderia a eles sobrepor-se.

IV. CONCLUSÃO

Passo a responder às perguntas formuladas.

Quanto ao primeiro quesito — Não. Desconheço, no ordenamento jurídico brasileiro, lei em sentido formal que tivesse proibido a importação de bens de consumo usados. É nesse sentido, também, o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, proferido no mandado de segurança em que a consulente é a impetrante.

Quanto ao segundo quesito — Não. À falta de lei ou no silêncio da lei, sob a Constituição Federal vigente, não pode o Executivo editar atos normativos que criem restrições à liberdade das pessoas, mesmo em se tratando de comércio exterior.

A tradição do direito brasileiro, desde o Império, é a de só admitir regulamentos que sirvam à execução das leis. De Pimenta Bueno até os nossos dias poucos foram os autores que sustentaram, entre nós, a existência de regulamentos autônomos e, quando o fizeram, foi para restringi-los a hipóteses absolutamente excepcionais, como a do art.81,V, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

Dessa corrente quase invariável de pensamento a discordância mais notável foi a do eminente Hely Lopes Meirelles, que, seguindo talvez o modelo alemão do século passado e do início deste século, apregoava a existência de um poder regulamentar autônomo, exercitável onde a lei nada dispusesse. Tal poder tinha, porém, limites importantes: ele não podia invadir o terreno reservado à lei. Qualquer interferência na liberdade ou na propriedade dos indivíduos só mediante lei poderia efetivar-se. É o princípio da reserva legal, na clássica formulação da doutrina alemã, hoje inteiramente superada porquanto enunciada de forma muito mais abrangente.

De qualquer maneira, as idéias desenvolvidas por Hely Lopes Meirelles também favoreceriam à consulente, pois o ato do DECEX, vedando a importação de bens de consumo usados, é nitidamente limitador da liberdade individual, o que não dispensaria a existência de lei.

A invocação do art.237 da Constituição Federal é impertinente para a solução do caso, uma vez que o poder de controlar ou de fiscalizar determinadas atividades, como as de comércio exterior, pressupõe a existência de regras jurídicas que as disciplinem. Essas regras são as que estão contidas nas leis. Só elas podem obrigar os indivíduos a fazer ou deixar de fazer alguma coisa (CF, art. 5º, II) e a elas é que está integralmente submetida a Administração Pública (CF, art. 37).

Seria, quando menos, incoerente e ilógico, no sistema da Constituição, que o Ministro da Fazenda tivesse poderes que o Presidente não tem.

A Constituição de 1988, pela combinação dos arts.5º, II, 37, 84, IV e VI, 87 e 49, V, no meu modo de ver, expurgou o nosso direito de qualquer sombra de regulamento autônomo ou de poder regulamentar geral, como existiu na França da IIIª e IVª Repúblicas, ficando o poder normativo incondicionado do Executivo concentrado no instituto da medida provisória, pelo menos na fase anterior à apreciação desse ato pelo Legislativo.

Quanto ao terceiro quesito — Prejudicado pela resposta anterior. Mas mesmo que fosse possível ao Executivo preencher com seus atos normativos o espaço deixado vazio pelo Legislativo, ainda assim, a Portaria nº 8/91, do DECEX, nunca poderia contrapor-se eficazmente às Portarias nº 56/90 e 259/90 do Ministro de Estado, que são atos de sentido contrário àquele e de nível hierárquico superior.

É o meu parecer.

Porto Alegre, 14 de março de 1996.

Almiro do Couto e Silva

Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.