

# **CRÍTICA À INTERPRETAÇÃO DADA AO ART. 237 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

## **CRITIC TO THE INTERPRETATION GIVEN TO THE ARTICLE 237 OF THE FEDERAL CONSTITUTION BY THE SUPREME FEDERAL COURT**

ANDRÉ PARMO FOLLONI

---

Doutorando em Direito do Estado – Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná. Advogado e Professor de Direito Tributário, Processual Tributário e de Introdução ao Estudo do Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Positivo.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 A interpretação do supremo tribunal federal; 3 Legalidade e normatização via instrumentos secundários; 4 “Fiscalização” e “controle”; 5 Conclusão.



## **RESUMO**

O Supremo Tribunal Federal, há mais de uma década, ao decidir a respeito de portaria do Poder Executivo, atribuiu ao art. 237 da Constituição Federal interpretação que o transforma em uma concessão de poder legislativo ao Ministério da Fazenda. Essa jurisprudência mantém-se até hoje. O presente artigo critica essa interpretação como equivocada, porque contrária à democracia, à separação de poderes, e ao texto daquele artigo.

## **ABSTRACT**

The Supreme Federal Court, more than a decade ago, while deciding about a government regulation, gave to the article 237 of the Federal Constitution an interpretation which turns it in a concession of legislative power to the Treasury Department. That jurisprudence is still valid through these days. The present work was written to say that this interpretation is a mistake, because it is against democracy, separation of state functions and the text of that article.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal. Legalidade. Art. 237. Separação de poderes. Interpretação.

**Keywords:** Supreme Federal Court. Legality. Article 237. Separation of state functions. Interpretation.

## 1 INTRODUÇÃO

Causa preocupação a interpretação que o Supremo Tribunal Federal adota desde 1996 em relação ao art. 237 da Constituição Federal. Essa interpretação acaba por possibilitar à Secretaria da Receita Federal do Brasil que dite normas relativas às importações e às exportações, sem necessidade de lei que a autorize e sem qualquer limitação constitucional. Simplesmente a Receita Federal detém uma competência legislativa ilimitada.

Há, realmente, uma enormidade de preceitos criando obrigações e proibições aos cidadãos veiculados pelas instruções normativas da Receita Federal e por instrumentos normativos afins. Todas essas obrigações e proibições, afetas à área do comércio exterior são, na interpretação autêntica do STF, fundadas diretamente no art. 237 da Constituição, dispensando lei para sua instituição. Em atenção a esse problema, propõe-se um estudo que consolide a base teórica suficiente para a crítica à interpretação dominante no STF e para a proposta de sua reconsideração.

## 2 A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Fonte de problemas enormes para as empresas que atuam no ramo das importações e exportações, a interpretação que o Supremo Tribunal Federal dá ao art. 237 da Constituição Federal traz implicações relevantes e se relaciona profundamente com institutos fundamentais de direito público, principalmente no que se refere à função normativa do Poder Executivo. Veja-se o que decidiu a corte constitucional:

No Recurso Extraordinário (RE) n. 203.130-5, o Supremo Tribunal Federal, por voto do Ministro NÉRI DA SILVEIRA, entendeu, “...*tendo em conta o teor do art. 237 da Constituição Federal, que compete ao Ministério da Fazenda, no exercício de suas atribuições, regular o comércio exterior, notadamente no que concerne à política de importações*” (grifamos)<sup>1</sup>. Trata-se de julgado que envolveu a proibição de veículos usados por portaria do Departamento de Comércio Exterior do Ministério da Fazenda – a Portaria Decex n. 8, de 13 de maio de 1991.

---

<sup>1</sup> Todas as referências a julgados do Supremo Tribunal Federal foram obtidas no endereço eletrônico [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

O art. 237 da Constituição está assim redigido: “*A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda*”. Refere-se, portanto, a “fiscalização” e a “controle”, e não a “regulação”. Já se mostra aí um primeiro equívoco na interpretação jurisprudencial. Há mais, porém.

A decisão que serve de modelo ao julgado acima referido e a vários outros posteriores foi proferida no RE 203.954, relatado pelo Ministro ILMAR GALVÃO. Lá, decide o ministro que “...*a proibição de bens de consumo usados*” pelo Ministério da Fazenda tem fundamento no art. 237, uma vez que se deu “*No exercício dessa atribuição... por medida de política econômica*”. Estaria, portanto, no âmbito de atribuições do Ministério da Fazenda proibir condutas com fundamento exclusivo e direto no art. 237 da Constituição, que lhe concede competência para fiscalizar e controlar o comércio exterior. As competências constitucionais para fiscalizar e controlar, postas no art. 237, equivaleriam, ou pelo menos envolveriam, a competência para proibir eventuais condutas de particulares.

Aduz ainda o relator: “*Ao vedar a importação de bens de consumo usados a autoridade administrativa apenas teve em consideração a relevância dos efeitos negativos, para a economia nacional, dessa espécie de atividade, agindo estritamente no âmbito do exercício do poder de polícia previsto no art. 237 da CF, que tem como principal escopo o interesse público*” (grifamos). Logo, a competência conferida pelo art. 237 da Constituição, para fiscalizar e controlar o comércio exterior, seria, também, na visão do Supremo Tribunal Federal, uma competência para vedar importações. Ou, genericamente: embora integrante do “poder de polícia”, a competência administrativa do Ministério da Fazenda, de acordo com o art. 237 da Constituição, envolveria a legitimidade jurídica para proibir condutas relacionadas ao comércio exterior.

O julgado menciona, também, o Agravo Regimental em Suspensão de Segurança n. 621-6, no qual o Supremo, em acórdão relatado pelo Ministro OCTAVIO GALLOTTI, entendeu relevante a tese da União, “...*em face da aplicação dada, pela decisão concessiva da liminar, ao princípio da reserva legal, em detrimento da competência assegurada, ao Poder Executivo, pelo art. 237 da Constituição*”. Percebe-se, então, que a competência de fiscalização e controle do art. 237, de acordo com o Supremo Tribunal, é uma competência normativa que não poderia ser contrastada pelo princípio da reserva legal; ou, mais amplamente, pelo princípio da legalidade.

Deixando de lado os argumentos não jurídicos, que foram vários naquele julgado, veja-se como o Ministro MAURÍCIO CORRÊA acompanha o voto do relator: “*É claro que, pelo art. 237 da Constituição Federal, a fiscalização e o controle do comércio exterior ficam a cargo do Ministério da Fazenda que por autorização constitucional poderá, evidentemente, até por portaria, impedir o ingresso de produtos desse tipo no território nacional...*” (grifamos). Para o ministro, portanto, é claro, evidente, indiscutível, que, podendo o Ministério da Fazenda controlar ou fiscalizar o comércio exterior, pode também, “*...até por portaria...*”, impedir importações – ou seja: proibir via instrumento secundário, sem lei que lhe sirva de base, condutas de cidadãos. E assim, a portaria se transforma num instrumento normativo primário, fundamentado diretamente no texto constitucional, e capaz de proibir ou obrigar alguém a qualquer coisa no âmbito do comércio exterior.

A fundamentação desse voto invoca, em equívoco tão lamentável quanto elementar, questões relativas ao direito tributário. Diz o ministro:

...sendo tal portaria emanada de expressa autorização constitucional ao Ministério da Fazenda (art. 237) e sendo essa atribuição exercida por um órgão a esse vinculado, o que significa dizer não estar contaminada a Portaria nº 08/90-DECEX (sic) que possui status de norma tributária, de nenhuma ilegalidade e muito menos de qualquer inconstitucionalidade; até porque o regramento acerca da exportação e importação não é matéria obrigatoriamente de lei ou de lege ferenda, por não estar incluída tal hipótese no artigo 97 do Código Tributário Nacional, podendo, por isso mesmo, tal disciplinamento ser elaborado por meio de atos normativos expedidos pela autoridade competente administrativa – Normas Complementares –, como permitido pelo art. 100 do Código Tributário – grifos do original.

Continua: “*Conclui-se, pois, que a restrição de importação de bens de consumo usados imposta pela Portaria nº 08/91-Decex, art. 27, não padece de qualquer vício, porque expedida pelo órgão ao qual a norma constitucional delegou competência para a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais (art. 237, CF)*”.

Daí se verifica, primeiro, que um dos fundamentos para a proibição de conduta repousa na consideração que essa proibição é veiculada por norma de natureza tributária. Não é, é de natureza estritamente aduaneira. Proibir a importação de um determinado item rigorosamente nada tem a ver com tributar ou não tributar uma determinada atividade. Em segundo lugar, também aqui se encontra o argumento segundo o qual

fiscalizar e controlar compreendem proibir condutas sem base em lei prévia.

No seu voto, também no mesmo sentido, o Ministro CARLOS VELLOSO afirma: “*Quanto à competência do poder público, o Ministério da Fazenda, para baixar o ato administrativo acoimado de inconstitucional, não há dúvida. Decorre ela da própria Constituição Federal, art. 237...*”. Cita, em seguida, o mesmo Agravo Regimental relatado pelo Ministro OCTAVIO GALLOTTI, que, por sua vez, decidiu: “*Nem seria necessária, para o estabelecimento dessa restrição, a existência de lei formal, pois, ao Poder Executivo, e não ao Legislativo, foi claramente conferida pela Constituição, no art. 237, a competência para a fiscalização e o controle do comércio exterior*” (grifamos). Portanto, para a instância extraordinária, a possibilidade de proibir condutas é outorgada ao Ministério da Fazenda pelo art. 237 da Constituição; desnecessária, portanto, lei que o autorize a proibir, porque sua competência para proibir decorre diretamente da Constituição.

Considerando mais detidamente a legalidade, o Ministro CELSO DE MELLO pondera:

Se é certo, portanto, que o exercício válido da competência administrativa pressupõe a existência de lei, não se torna menos exato reconhecer que, no caso, o ato estatal impugnado – vedação à importação de bens de consumo usados prevista na Portaria DECEX n. 8/91 (art. 27) – extraiu a sua autoridade e a sua eficácia de norma indiscutivelmente revestida do mais elevado grau de positividade jurídica em nosso sistema normativo: o próprio texto da Constituição da República.

Veja-se, de acordo com o ministro, qual a eficácia normativa do art. 237 da Constituição:

...permite asserir que a própria Constituição da República outorgou às autoridades administrativas do Ministério da Fazenda, em norma atributiva de poderes, a competência para o exercício da fiscalização e do controle sobre o comércio exterior, viabilizando, desse modo, com todos os meios instrumentais necessários à sua colimação, o desempenho de funções qualificadas pelo ordenamento positivo como essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais. A norma constitucional em questão, na realidade, atenuou o rigor do postulado da reserva de lei, ensejando ao Poder Executivo da União, em caráter absolutamente extraordinário, o exercício imediato de prerrogativas inerentes à fiscalização e ao controle sobre o comércio exterior. Com a regra inscrita no art. 237 da vigente Carta Política, pretendeu o legislador constituinte conferir aos órgãos administrativos do Ministério da Fazenda uma base normativa idônea destinada a legitimar, desde

logo, em atenção às exigências impostas pelo interesse nacional, e independentemente de qualquer edição ulterior de regra legal, a adoção, dentre outras providências, de medidas vocacionadas a controlar a entrada, em território brasileiro, de produtos de origem estrangeira... – grifos do original.

Finaliza sustentando que “...o exercício do poder outorgado pela Carta Política ao Ministério da Fazenda (art. 237) constitui fator de concretização dos objetivos essencialmente extrafiscais que qualificam a prática da competência federal, em sede de comércio exterior... numa perspectiva de ordem estritamente extrafiscal...”. Novamente o equívoco argumento tributário; outra vez a competência normativa para proibir condutas vazando diretamente da Constituição ao Ministério da Fazenda<sup>2</sup>.

Lembrando que o Decex foi autorizado a “...baixar normas necessárias à implementação da política de comércio exterior...” pelo Decreto n. 99.244, de 10 de maio de 1990, isto é, sem lei, mas com competência que, nessa interpretação, teria sido outorgada diretamente pela Constituição, levanta-se questões fundamentais que precisam ser discutidas, haja vista o Supremo manter esse entendimento até os dias atuais. Em primeiro lugar, é preciso compreender o conteúdo da legalidade no direito público brasileiro e as possibilidades de normatização do Poder Executivo, para verificar se há competência normativa, em caráter não excepcional, que decorra diretamente da Constituição e independa de lei. Em segundo lugar, é relevante verificar o que se entende por “fiscalização” e por “controle” no direito público, para compreender se é adequada a equi-

---

<sup>2</sup> A ementa do julgado é a seguinte: “Importação de automóveis usados. Proibição ditada pela portaria nº 08, de 13.05.91 do Ministério da Fazenda. Alegada afronta ao princípio constitucional da isonomia, em pretensão prejuízo das pessoas de menor capacidade econômica. Entendimento inaceitável, porque não demonstrado que a abertura do comércio de importação aos automóveis tenha o fito de propiciar o acesso da população, como um todo, ao produto de origem estrangeira, única hipótese em que a vedação da importação aos automóveis usados poderia soar como discriminatória, não fosse certo que, ainda assim, considerável parcela dos indivíduos continuaria sem acesso aos referidos bens. Discriminação que, ao revés, guarda perfeita correlação lógica com a disparidade de tratamento jurídico estabelecida pela norma impugnada, a qual, ademais, se revela consentânea com os interesses fazendários nacionais que o art. 237 da CF teve em mira proteger, ao investir as autoridades do ministério da fazenda no poder de fiscalizar e controlar o comércio exterior. Recurso conhecido e provido” (STF. RE 203.954/CE. Rel. Min. ILMAR GALVÃO. Julgado em 20/11/1996. Publicado em 07/02/1997).

paração dessas atividades à normatização. Retome-se o voto do Ministro CELSO DE MELLO, cujo excerto relevante foi acima transcrito, a decidir que, “...independentemente de qualquer edição ulterior de regra legal...”, o art. 237 da Constituição outorga “...uma base normativa idônea destinada a legitimar, desde logo... a adoção, dentre outras providências, de medidas vocacionadas a controlar a entrada, em território brasileiro, de produtos de origem estrangeira” – note-se a referência ao “controle”. Feitas essas duas considerações, será possível, então, concluir-se reprovando a interpretação oficial do art. 237 da Constituição.

### 3 LEGALIDADE E NORMATIZAÇÃO VIA INSTRUMENTOS SECUNDÁRIOS

O art. 5.º, II, e o art. 84, IV, em conjunto com o art. 76 e com o art. 87, par. único, II, da Constituição Federal, admitem pelo menos duas alternativas de interpretação que levam a resultados práticos bastante diversos. Os preceitos estão assim redigidos:

Art. 5.º, II: Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Art. 84, IV: Compete privativamente ao Presidente da República... sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

Art. 76: O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

Art. 87, par. único, II. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei... expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos.

Uma primeira disputa é saber-se se uma obrigação ou uma proibição precisam estar prescritas diretamente em lei ou, diferentemente, se é juridicamente válida a delegação legislativa ao ato do Presidente ou do Ministro de Estado da possibilidade de proibir ou obrigar.

Dentro dessa primeira discussão, há duas vias interpretativas dominantes na doutrina brasileira. Uma primeira possibilidade é entender que, se “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e se só cabem ao decreto e à instrução a execução da lei, então só a lei, e não o decreto, pode estabelecer obrigações – seriam obrigações em virtude de lei. O acento interpretativo, aqui, é no termo “lei” daquele preceito – “...em virtude de lei”. Boa parte da doutrina publicista entende assim: GERALDO ATALIBA (“...os regulamentos não

*obrigam originariamente, a não ser os servidores públicos hierarquicamente subordinados ao Chefe do Executivo. Para os cidadãos, em geral, o regulamento só obriga se integralmente apoiados em lei seus preceitos*) (1985, p. 99), PAULO DE BARROS CARVALHO (*“Os instrumentos secundários são todos atos normativos que estão subordinados à lei. Não obrigam os particulares...”*) (2002, p. 75), CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*“Note-se que o preceptivo não diz ‘decreto’, ‘regulamento’, ‘portaria’, ‘resolução’ ou quejandos. Exige lei para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados”*) e JOSÉ ROBERTO VIEIRA (*“...até aos mais eminentes atos administrativos, decretos e regulamentos presidenciais, não é dado ir além da humilde execução da lei”*) (2004, p. 183).

Outra possibilidade é entender que, se *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*, e se cabem ao decreto presidencial e à instrução ministerial proporcionar a execução da lei, então também instrumentos normativos infralegais podem estabelecer obrigações, desde que com fundamento na lei – seriam obrigações em virtude de lei. O ênfase hermenêutico, aqui, cai na expressão “em virtude de” – *“...em virtude de lei”*. Outra parcela da doutrina assim entende. Tomemos como exemplo HELY LOPES MEIRELLES (*“Como ato administrativo, o decreto está sempre em situação inferior à da lei e, por isso mesmo, não a pode contrariar. O decreto geral tem, entretanto, a mesma normatividade da lei, desde que não ultrapasse a alçada regulamentar de que dispõe o Executivo”*) (1995, p. 162), EROS ROBERTO GRAU (*“Resta evidenciado, desta sorte, não importar ofensa ao princípio da legalidade inclusive a imposição, veiculada por regulamento, de que alguém faça ou deixe de fazer algo, desde que isso decorra, isto é, venha, em virtude de lei”*) (2005, p. 247) e MARÇAL JUSTEN FILHO (*“A atuação inovadora do Executivo, por via regulamentar, reflete uma necessidade relacionada à produção normativa... A lei é um esquema normativo que demanda complementação. O regulamento produzido pelo Executivo exerce essa função complementar...”*) (2005, p. 147).

Duas coisas há, aqui, a dizer. Independentemente da interpretação que se adote, dentre as expostas ou dentre outras, em primeiro lugar é preciso considerar que sempre é necessária lei. Na doutrina de direito público, a lei é sempre essencial ao surgimento de uma obrigação ou de uma proibição. Não obstante a controvérsia, se só a lei pode obrigar ou proibir diretamente, ou se a lei pode delegar a um instrumento normativo essa capacidade, a lei é sempre imprescindível. Na primeira interpretação exposta, a lei é necessária para obrigar ou para proibir, e só ela o

pode fazer. Na segunda, a lei também é necessária, mas apenas para servir de fundamento de validade ao ato infra-legal que obriga ou proíbe. Assim, seja qual for o caminho interpretativo que se entenda o mais correto, em qualquer um deles a lei é necessária.

A menos que se deseje sustentar constitucionalmente possível uma absoluta ditadura do poder executivo, qualquer decreto, ou qualquer outro ato normativo do executivo, necessitará de fundamento legal. Seja qual for a extensão que se reconheça a essa competência regulamentar, será sempre competência a ser exercida em função de uma lei que a possibilite. Assim, para aqueles primeiros, segundo os quais só a lei pode obrigar – “...em virtude de lei”, o instrumento infralegal nada pode além de especificar o já contido na lei, nada lhe é concedido fora detalhar proibições ou vedações já determinadas por lei. Para os segundos, de acordo com quem os decretos e regulamentos também podem normatizar comportamentos – ...em virtude de lei”, só o podem porque há lei que os permite; só há competência para vedar ou obrigar condutas desde que delegada ao poder executivo por lei. O próprio art. 37, *caput* da Constituição o diz, ao prescrever à administração pública sua submissão à legalidade.

Logo, por esse primeiro motivo, está incorreta a interpretação do Supremo Tribunal Federal aqui estudada. Olhando-se para o princípio da legalidade no direito público brasileiro, um ato do poder executivo só pode ser feito com fundamento em lei. Seja qual for sua amplitude – maior para uns, reduzida para outros. Sempre com fundamento em lei. Sempre, portanto, após discussão parlamentar dos representantes do povo, decidindo em colegiado por maioria.

Estará ela correta, contudo, desde que, realmente, o art. 237 da Constituição possa ser interpretado como concedendo competência normativa ao Ministério da Fazenda independentemente de lei. Seria uma exceção frontal ao princípio da legalidade. A competência do ministério é para fiscalizar ou controlar, diz a Constituição. Se fiscalizar e controlar for o mesmo, ou pelo menos incorporarem, a possibilidade de obrigar ou proibir, estará correto o Supremo; se, ao contrário, fiscalizar e controlar não significarem, ou ao menos não englobarem a competência para normatizar condutas, então estará equivocado o Supremo. Necessário, portanto, que se investigue o significado juspublicista desses termos: “fiscalizar” e “controlar”.

Antes disso, contudo, enfrente-se uma segunda questão: estando aptos, como estão, o presidente e o ministro de estado, a regulamentar a lei via decreto ou instrução, pode essa função ser exercida por outros órgãos subalternos ao ministro mediante delegação sua? Acata-se, nes-

se particular, o argumento de MARÇAL JUSTEN FILHO, para responder afirmativamente. Não há razão constitucional, como relativa à separação de poderes ou tripartição de funções – e à hierarquia normativa entre lei e regulamento – a coibir a delegação do ministro de estado de suas funções regulamentares a um subordinado seu – como, por exemplo, a delegação do Ministro da Fazenda ao Secretário da Receita Federal do Brasil (cf. 2002, p. 519-521). Claro está, contudo, que o secretário do ministério obrará jungido aos mesmos limites constitucionais que obraria o ministro de estado.

#### 4 “FISCALIZAÇÃO” E “CONTROLE”

Trata-se, o art. 237 da Constituição, sem dúvida, de um dispositivo que cria diretamente de fonte constitucional, sem necessidade de lei, uma competência a um órgão da administração pública federal direta. É preciso determinar com rigor o conteúdo dessa competência. Lembre-se, novamente, do voto do Ministro CELSO DE MELLO, que decidiu que, “...independentemente de qualquer edição ulterior de regra legal...”, o art. 237 da Constituição outorga “...uma base normativa idônea destinada a legitimar, desde logo... a adoção, dentre outras providências, de medidas vocacionadas a controlar a entrada, em território brasileiro, de produtos de origem estrangeira”. Cabe ao Ministério da Fazenda, sem dúvida, “controlar” a entrada, em território brasileiro, de produtos provenientes do exterior. Isso está escrito na Constituição. Mas o que significa “controlar” em direito público? Significa “legislar”?

Não estando os termos “fiscalização” e “controle” definidos no direito positivo, sua definição compete à doutrina. Para muito além de “descrever” o art. 237 da Constituição em linguagem rigorosa, impõe-se à doutrina sua interpretação, compreensão e explicação, assumindo a difícil tarefa de orientar sua aplicação concreta. Orientar, que aplicar não é atribuição doutrinária.

Fiscalizar e controlar, quando funções de um órgão do poder executivo, são estudadas, no direito público, como manifestações do “poder de polícia” do estado – melhor compreendido, dizem LÚCIA VALLE FIGUEIREDO e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO dentre muitos, como limitações e restrições à propriedade e à liberdade (Cf. 2006, p. 310-313; 2005, p. 776-780). Assim reconheceu, como visto, o Ministro ILMAR GALVÃO.

ODETE MEDAUAR afirma, do poder de polícia, que é “...atividade administrativa...” que “...abrange... a fiscalização...” e que “*Abrange também o controle da observância das prescrições e a imposição de sanções em caso de desatendimento*” (grifamos) (2006, p. 334 e 335). Fiscalizar é verificar se a lei está a ser cumprida ou violada; controlar é impedir materialmente a violação da lei ou sancionar caso a violação não tenha sido impedida. No caso que se está a discutir, é possível afirmar: fiscalizar o comércio exterior é recolher a documentação, verificar as pessoas que intervêm nessa atividade e avaliar os produtos e veículos que fazem as importações e exportações. Verificada uma ilegalidade, cabe também controlar: se um produto de importação ilícita, por exemplo, está para ser integrado à economia nacional, deve-se materialmente impedi-lo – respeitados, obviamente, os direitos e garantias fundamentais e o regime jurídico da proporcionalidade. Mas, nesse sentido, que foi olvidado pelo STF, fiscalizar e controlar pressupõem lei prévia.

As expressões “fiscalização” e “controle” são clássicas na literatura juspublicista que se volta ao poder de polícia. HELY LOPES MEIRELLES, por exemplo, afirma: “*Outro meio de atuação do poder de polícia é a fiscalização das atividades e bens sujeitos ao controle da Administração*” (grifamos)” (1995, p. 123). CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao definir o poder de polícia, refere-se a “...ação ora fiscalizadora...” – fiscalização – e a “...ação... ora preventiva, ora repressiva...” – controle (grifamos) (2005, p. 795). Não basta ao poder de polícia administrativa fiscalizar: é preciso que, caso se verifique, na fiscalização, o cometimento ou a iminência da prática de um ilícito, que haja controle capaz de prevenir ou reprimir a conduta ilegal.

O “controle”, para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, é da aplicação das leis: “*A Administração Pública, no exercício da parcela que lhe é outorgada do mesmo poder, regulamenta as leis e controla a sua aplicação*” (2006, p. 128). A autora, porém, não deixa de lado a fiscalização, que é ainda ressaltada por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO e tantos outros (2006, p. 130; 2002, p. 390).

Dentre as manifestações do poder de polícia, ressalta MARÇAL JUSTEN FILHO, encontra-se “...a coerção fática propriamente dita” – ao lado da regulamentação e da emissão de decisões particulares (2005, p. 399). Essa coerção, quando dotada de eficácia máxima ou auto-executoriedade, pode implicar a “...utilização de força material, destinada a constranger fisicamente os sujeitos envolvidos” – ainda com o mesmo autor (2005, p. 403). É o controle material concreto, que se dá no bojo da fiscalização.

E quanto ao poder de polícia, os autores são unânimes no sentido de que “...a competência de polícia se subordina ao princípio da legalidade” (MARÇAL JUSTEN FILHO – grifamos) (2005, p. 400). CELSO ANTÔNIO ensina que a polícia administrativa deve ser exercida “...na forma da lei...” (2005, p. 795). Daí a diferenciação entre o poder de polícia em sentido amplo, compreendendo funções legislativas e administrativas, e a polícia administrativa, restrita a estas últimas (cf. *idem*, 2005, p. 780-781). É que “polícia” pode ser tanto a definição da regra, do que é proibido ou obrigatório, o que cabe à lei ou, nos seus limites, ao regulamento; como a aplicação dessas normas, isto é, o “...conjunto de atos de execução dos regulamentos... bem como das leis” (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR) (2002, p. 408).

AGUSTÍN GORDILLO é categórico, em lição plenamente aplicável ao direito brasileiro: “...decimos categóricamente que la administración sólo puede actuar avanzando sobre la esfera jurídica individual cuando una ley (en forma expresa o razonablemente implícita) la autoriza, en forma reglada o discrecional, a hacerlo” (grifamos) (2003, p. V-21). A referência de GORDILLO à administração “reglada” ou “discrecional” encontra eco explícito em DIÓGENES GASPARINI: “...tal atribuição se efetiva por atos administrativos expedidos através do exercício de uma competência às vezes vinculada, às vezes discricionária. Numa e noutra, é importante dizer, é atividade que se submete à lei...” (2002, p. 123). E, se é assim, cabe trazer a palavra de HELY LOPES MEIRELLES: “Como todo ato administrativo, o ato de polícia subordina-se ao ordenamento jurídico que rege as demais atividades da Administração, sujeitando-se, inclusive, ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário” (1995, p. 114). Claro: se ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, a fiscalização e o controle só podem vir depois da lei que obrigou e proibiu, para verificar seu cumprimento e impedir sua inobservância. É o que explica DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO: “A ordem de polícia, que inicia o ciclo de atuação de polícia e o valida, é o preceito legal, a satisfação da reserva constitucional (art. 5.º, II) para que se não faça aquilo que pode prejudicar o interesse geral ou para que se não deixe de fazer alguma coisa que poderá evitar ulterior prejuízo público” (2002, p. 388). Ou, mais sucintamente, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO: “...a existência de lei é o pressuposto de validade da polícia administrativa...” (2002, p. 63).

Não é o órgão do poder executivo que exerce o poder de polícia administrativa que define o que é proibido ou obrigado; não tem ele a competência para avaliar o que é ou não conveniente proibir ou obrigar.

Como explica MARCELLO CAETANO, também em consideração cabível no direito brasileiro, “...os danos sociais a prevenir devem constar da lei” (1999, p. 1153). Por fim, veja-se MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que afirma ser “...evidente que, quando se diz que o poder de polícia é a faculdade de limitar o exercício de direitos individuais, está-se pressupondo que essa limitação seja prevista em lei...” (grifamos) (2006, p. 128).

Disso se conclui que se falar em “fiscalização” e “controle” como atribuições de um órgão do poder executivo não é novidade no direito brasileiro. Ao contrário, é amplamente comum. Trata-se de competência afeta ao “poder de polícia administrativa”, às restrições e limitações à propriedade e à liberdade. Quando o art. 237 da Constituição afirma que a “fiscalização” e o “controle” do comércio exterior competem ao Ministério da Fazenda, nada mais faz do que tornar inalterável uma alteração da competência do poder de polícia relativo ao comércio exterior, que fica impedido, salvo emenda constitucional, de ser exercido por órgão diverso.

Não há ali qualquer competência legislativa: fiscalizar e controlar, quando atribuições de órgão do poder executivo, no direito brasileiro, são manifestações do poder de polícia administrativa. É a fiscalização do cumprimento da lei; é o controle para evitar seu descumprimento. De modo algum pode se compreendê-los como a competência para legislar. É assim que JOSÉ AFONSO DA SILVA interpreta o art. 237: “A razão do dispositivo está no conflito entre os fiscais do Ministério da Fazenda e da Polícia Federal”. Um possível conflito de competências relativo ao exercício do poder de polícia é dissipado, desde logo, pela Constituição. Acrescenta o constitucionalista:

É razoável que seja funcionário do Ministério da Fazenda que exerça a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior no caso previsto, porque o que se quer verificar é se os tributos foram corretamente pagos ou se não estará havendo fraude ao Fisco é matéria que é mesmo daquele ministério, não tendo cabimento a Polícia se envolver nela (2007, p. 879).

É no mesmo sentido que CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS criticam o preceito – que, para eles, “...não se justifica”, sendo “...típico dispositivo que não deveria existir”, consistindo em “...discurso... ultrapassado...”; mais ainda, em “...erro monumental...” (2000, p. 93 e 96).

O erro monumental e injustificável visto pelos autores está em engessar, em congelar, em tornar imutável salvo emenda constitucional, a atribuição da competência de poder de polícia relativo ao comércio exterior nas mãos do Ministério da Fazenda. CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS afirmam: “*O interesse nacional, os acordos internacionais, a formação dos grupos de nações, podem levar a um perfil diferente do Ministério responsável pelos tributos aduaneiros, não se justificando a camisa-de-força imposta pelo constituinte que atribui a fiscalização e o controle ao Ministério da Fazenda*” (2000, p. 96). O art. 237 da Constituição Federal é, portanto, uma distribuição de competências no âmbito do poder de polícia administrativa federal. Nada mais e nenhuma competência legislativa nele se contém.

As “...medidas vocacionadas a controlar a entrada, em território brasileiro, de produtos de origem estrangeira...”, referidas no voto do Ministro CELSO DE MELLO, só podem ser medidas coercitivas fundadas em lei que as autoriza, nunca em medidas coercitivas fundadas em normas do próprio ministério sem qualquer lei. O art. 237 da Constituição não excepciona o princípio da legalidade; apenas atribui competência administrativa consubstanciada em exercício de poder de polícia.

## 5 CONCLUSÃO

Ainda que se possa compreender “controlar” como normatizar; porque, afinal de contas, quem cria norma acaba por “controlar” as condutas intersubjetivas; não se pode de modo algum compreender o verbo “controlar”, no texto do art. 237 da Constituição Federal, como a outorga de uma ampla e incontestável competência legislativa afeta ao Ministério da Fazenda. “Fiscalizar”, por sua vez, fica fora de questão – jamais “fiscalizar” poderá ser compreendido como “normatizar”.

Em primeiro lugar, porque mesmo admitindo-se a dupla possibilidade semântica – normatizar ou controlar o cumprimento da norma –, a palavra “controle”, aliada à palavra “fiscalização”, no direito brasileiro, quando utilizada na definição da competência de um órgão do poder executivo, refere-se ao poder de polícia administrativa, a ser exercido de acordo com a lei. O poder de controlar, juntamente com fiscalizar, o cumprimento da lei. Nunca o poder de fazer a lei.

Em segundo lugar, porque toda normatização do Ministério da Fazenda, como de qualquer ministério de estado, estará submetida ao princípio da legalidade, e deverá obedecer aos limites da função regula-

mentar. Sejam quais forem esses limites, eles sempre incluem a necessidade de lei prévia à função de criar normas de conduta. Assim, mesmo que se admita que, em “controlar”, há a competência regulamentar, ela demanda lei. Uma exceção a esse princípio constitucional da legalidade deveria buscar na própria constituição seu fundamento; porém, a constituição não o oferece.

Em terceiro lugar, porque, ao se entender “controle” como capacidade plena de normatização de condutas sem necessidade de lei, admite-se uma interpretação que quebra a Constituição ao meio; que faz tábua rasa do princípio da legalidade que a própria Constituição consagra; que atira no lixo das inutilidades as referências constitucionais à república e à democracia; que cria um ditador numa área específica, a do comércio exterior, sem legitimidade popular e incontrolável mesmo por lei, haja vista que sua competência decorreria diretamente da Constituição, que excepcionalmente a legalidade.

Sabe-se que, se o órgão competente consagra uma interpretação oficial ou autêntica, é apenas ela que terá relevância no plano normativo. Norma, só ela, posta pelo agente competente. Por outro lado, sabe-se também que, se outra interpretação não autêntica é irrelevante do ponto de vista normativo, não é irrelevante do ponto de vista prático-processual. O direito, percebe-se, é muito mais do que um sistema de normas jurídicas. Fosse, e então qualquer interpretação não autêntica seria irrelevante juridicamente uma vez definida a exegese pelo órgão competente. Mas outras interpretações são juridicamente relevantes, na medida em que podem ser levadas ao poder judiciário, podem ser objeto de argumentações e decisões jurídicas, que venham a modificar ou a substituir a interpretação normativamente relevante – a autêntica.

Além disso, no plano científico, uma interpretação só perderá valor quando definitivamente refutada, e isso se se admitir que a refutação de uma teoria pode ser definitiva. Essa refutação é dado importante na busca incessante pelo melhor argumento. Ainda que não condizente com a interpretação autêntica, uma interpretação doutrinária divergente será sempre jurídico-cientificamente relevante. O órgão competente, ao decidir um processo contencioso, sempre faz um vencido, um sucumbente; mas não necessariamente convence a todos. Diz JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, a propósito, a respeito da lista de serviços do ISS: “A *‘taxatividade’ da lista vem sendo tão reiterada nos STF e STJ que o autor, vencido porém não convencido, por economia de espaço, se permite omitir a transcrição dos respectivos acórdãos*” (grifamos) (2004, p. 36-37). Caso a doutrina se dê por convencida pela interpretação do Supremo Tribunal

Federal ao art. 237 da Constituição e, com isso, abstenha-se de criticá-la, apontando suas fragilidades científicas e propondo teorização suficiente para possibilitar sua substituição; então ela fará jus à crítica de JOSÉ ROBERTO VIEIRA: “*Tal atitude corresponderia a um autêntico pedido de demissão da Ciência do Direito, pois o comportamento dócil e acrítico que conduz ao imobilismo, à estagnação e à inércia, definitivamente não se harmoniza com o mínimo de cientificidade...*” (grifamos) (2008, p. 411). A “...independência científica...”, ensina JOSÉ ROBERTO VIEIRA, é um “...dever...” (2008, p. 410).

Não fugindo ao dever científico, conclui-se: não é correto interpretar a Constituição como se ela dissesse que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, salvo se for alguém que se envolva com comércio exterior, caso em que estará obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa segundo a vontade exclusiva e soberana do Ministro da Fazenda, não eleito por ninguém, ficando excepcionados a cláusula pétrea do art. 60, § 4.º, III, que fala em separação dos poderes, e o Preâmbulo e o art. 1.º, *caput*, que mencionam a democracia, além do art. 5.º, II e do art. 37, *caput*, que prescrevem legalidade”. Não cabe admitir, como fez o Ministro CELSO DE MELLO, que a “...norma constitucional em questão, na realidade, atenuou o rigor do postulado da reserva de lei...”. Ela não o teria atenuado: tê-lo-ia excepcionado, excepcionando igualmente a democracia, a representatividade popular e a tripartição de funções.

Mas não é o que fez. Certamente não se entregou a ditadura do comércio exterior ao ministro da fazenda, como equivocada e desastrosamente decidiu o Supremo Tribunal Federal. Não é isso que diz o art. 237, que trata meramente de poder de polícia, a ser exercido de acordo com a lei, votada pelos representantes do povo, privativamente pelo Ministério da Fazenda, salvo emenda constitucional modificativa dessa competência administrativa.

## REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: RT, 1985.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. V. 9. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BORGES, José Souto Maior. **Aspectos fundamentais da competência municipal para instituir o ISS: do Decreto-Lei n. 406/68 à LC n. 116/2003: à memória de Geraldo Ataliba.** In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). Imposto sobre serviços – ISS na Lei Complementar n. 116/03 e na Constituição. Barueri-SP: Manole, 2004, p. 3-51.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo.** V. II. 10. ed. 6. reimp. Rev. e Atual. Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo.** Tomo 2: la defensa del usuario y del administrado. Belo Horizonte: Del Rey; Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: RT, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. Atual. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEIRA, José Roberto. **Denúncia espontânea e multa moratória: confissão e crise na “jurisdição” administrativa**. In: GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). *Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 367-429.

\_\_\_\_\_. **Legalidade tributária e medida provisória: mel e veneno**. In: FISCHER. Octavio Campos (Coord.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 175-216.