



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ/SR  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ISABELLE BATISTA EVANGELISTA

**A TRIBUTAÇÃO ENQUANTO ELEMENTO DE DISTORÇÃO DA  
LIVRE CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE SOBRE O “CASO CROCS”.**

**SANTA RITA-PB  
2018**

**ISABELLE BATISTA EVANGELISTA**

**A TRIBUTAÇÃO ENQUANTO ELEMENTO DE DISTORÇÃO DA  
LIVRE CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE SOBRE O “CASO CROCS”.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba, no campus de Santa Rita, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Orientador:** Prof. Ms. Alex Taveira dos Santos

**SANTA RITA – PB  
2018**

E92t Evangelista, Isabelle Batista.

A tributação enquanto elemento de distorção da livre concorrência: uma análise do "caso Crocs" / Isabelle Batista Evangelista. - Santa Rita, 2018.

70 f.

Orientação: Alex Taveira.

Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/Santa Rita.

1. Antidumping. 2. Monopólio. 3. Intervencionismo. 4. Política fiscal. 5. CROCS. I. Taveira, Alex. II. Título.

UFPB/BC

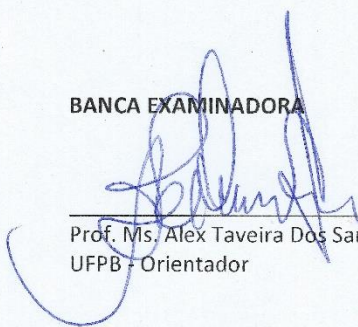
**ISABELLE BATISTA EVANGELISTA**

**A TRIBUTAÇÃO ENQUANTO ELEMENTO DE DISTORÇÃO DA  
LIVRE CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE SOBRE O “CASO CROCS”.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba, no campus de Santa Rita, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Orientador:** Prof. Ms. Alex Taveira dos Santos

**BANCA EXAMINADORA**



---

Prof. Ms. Alex Taveira Dos Santos  
UFPB - Orientador

---

Prof. Ms. Waldemar de Albuquerque Aranha Neto  
UFPB

---

Profª. Ms. Ana Isabella Bezerra  
UEPB

Santa Rita; 05 de junho de 2018

À minha mãe pela serenidade e pela força que me deu todos os dias para que não desistisse de chegar até o fim dessa jornada.

À Eduardo que foi o alicerce da minha coragem e que foi a esperança de que tudo acabaria bem.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador Professor Ms. Alex. Taveira, pela paciência, atenção, dedicação e ensinamentos que possibilitaram que eu realizasse este trabalho.

*“Um homem não pode ser mais homem do que os outros, porque a liberdade é semelhante: infinita em cada um.”*

(Jean Paul Sartre)

## RESUMO

O presente trabalho buscou analisar a ingerência do Estado brasileiro quanto da alta carga tributária imputada às empresas, bem como discutir, sob a perspectiva do livre mercado, quais soluções poder-se-ia adotar em relação às políticas tributárias, com foco no antidumping e monopólio estatal. Assim, através de uma análise pormenorizada da doutrina disponível, objetivava-se verificar como a burocracia e a tributação exacerbadas inerentes ao Estado brasileiro evitam o desenvolvimento industrial e comercial, dificultando a vida dos consumidores e protegendo uma indústria doméstica ineficiente e desinteressada em melhorar seus serviços. Portanto, é possível concluir que o protecionismo acaba gerando um monopólio interno capaz de desacelerar o mercado, batendo de frente com os ideais de livre iniciativa, valorização do trabalho humano e livre concorrência enumerados em todo o Título VII da Constituição Federal. É nesse contexto que será estudada a eficácia do art. 146-A enquanto modelador do mercado, controlando os chamados desequilíbrios da concorrência a partir da autorização para criação de critérios especiais de tributação. Destarte, com base em toda essa discussão, será analisada a decisão tomada pelo CARF no ano de 2017 em lide interposta pela CROCS Brasil para decisão a respeito da cobrança de taxa antidumping com base na classificação do calçado na lista da Tarifa Externa Comum – TEC do MERCOSUL.

**Palavras-chave:** Antidumping; Monopólio; Intervencionismo; Política fiscal; CROCS.

## ABSTRACT

This essay analyses the mismanagement of Brazilian government about the high tax rates ought by enterprises as well as argue, under the perspective of free market, which solution could be applied with respect to fiscal policy, focusing primarily on antidumping and government monopoly. Thus, through a detailed analysis of the available literature, aims to verify how the burdensome bureaucracy and taxation inherent to the Brazilian government policy to avoid industrial and commercial development, hindering the lives of consumers and protecting an inefficient and indifferent domestic industry in improving its services. Therefore, it is possible to conclude that protectionism ends up generating an internal monopoly capable of slowing the market even further, coming against the ideals of free initiative, valorization of human labor and free competition enumerated in Title VII of the Brazilian Federal Constitution. It is in this context that the effectiveness of section 146-A as market maker, controlling the so-called competition imbalances from the authorization to create special taxation criteria. Based on this discussion, the essay will analyze the decision taken by the Administrative Appeal Fiscal Council in 2017 in the case brought by Crocs Brazil Ltda. for a decision on the collection of anti-dumping duties based on the classification of footwear made in China in the list of the Common External Rates of MERCOSUL.

**Key words:** Antidumping; Monopoly; Interventionism; Fiscal policy; CROCS.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 LEI ANTIDUMPING</b> .....	12
2.1 BREVE HISTÓRICO.....	12
2.2 DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA.....	13
2.3 DIREITO ANTIDUMPING NO BRASIL.....	14
2.4 A NÃO APLICAÇÃO DO ANTIDUMPING DIANTE DE INTERESSE PÚBLICO .....	15
2.5 O ANTIDUMPING E A LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA.....	16
<b>3 O ART. 146-A E A CORREÇÃO AOS DESEQUILÍBRIOS CONCORRENCIAIS</b> ....	19
3.1 INTERPRETAÇÃO DO ART. 146-A NO SEU ASPECTO FORMAL E MATERIAL...19	
3.2 OS TIPOS DE DESEQUILÍBRIOS CONCORRENCIAIS E COMO SE DARIA A PREVENÇÃO FEITA ART. 146-A.....	23
3.3 CRITÉRIOS ESPECIAIS DE TRIBUTAÇÃO ESTABELECIDOS PELO ART. 146-A, CRFB/88.....	25
3.4 A APLICAÇÃO DO ART. 146-A E A NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA.....	29
<b>4 A LIBERDADE E O MERCADO</b> .....	32
4.1 O LIVRE MERCADO.....	32
4.2 COMO AS NORMAS JURÍDICAS INFLUENCIAM NA ECONOMIA DE MERCADO .....	33
4.3 O SUCESSO DO LIVRE COMÉRCIO UNILATERAL.....	35
4.4 COMO O PROTECIONISMO AFETA A ECONOMIA.....	36
4.5 LIÇÕES ECONÔMICAS INERENTES AO PROTECIONISMO.....	38
<b>5 O DIREITO À LIVRE CONCORRÊNCIA COMO ELENADO PELO ART. 170, CRFB/88</b> .....	40
5.1 LIMITES À APLICAÇÃO DO ART. 146-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	40
5.2 LIVRE CONCORRÊNCIA E INTERVENÇÃO ESTATAL.....	42

5.3 LIVRE CONCORRÊNCIA E INTERVENCIONISMO.....	46
5.4 MONOPÓLIO ESTATAL.....	49
<b>6. O “CASO CROCS” E A LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA.....</b>	<b>53</b>
6.1 NOMENCLATURA COMUM DO MERCOSUL (NMC) E TARIFA EXTERNA COMUM (TEC) .....	53
6.2 ERRO DE FATO E ERRO DE DIREITO.....	54
6.3 CASO CROCS: DOS FATOS.....	56
6.4 CASO CROCS: DA DECISÃO ADMINISTRATIVA.....	58
<b>7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>63</b>
<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>65</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho será analisada a tributação enquanto limitadora da livre concorrência sob o prisma constitucional, com enfoque principal nas medidas antidumping e no “Caso Crocs”.

Partindo-se da observância do art. 146-A da CF/1988 enquanto limitador da regulação própria do mercado, passando pelo art. 170 e sua disposição a respeito da livre concorrência, buscar-se-á demonstrar como a empresa Crocs Brasil Empresa de Calçados Ltda teve seu direito constitucional à livre concorrência e sua liberdade de comércio e livre atividade cerceada pela Receita Federal enquanto agente estatal.

Outro objetivo prático será a reflexão a respeito do papel protecionista do Estado brasileiro e suas políticas de tributação de extrema burocracia, que limitam e se sobrepõem ao interesse privado enquanto gerador e produtor de riquezas e empregos.

Cabe ressaltar, ainda, enquanto aspecto relevante, a importância de uma pesquisa mais aprofundada a este respeito, visto que não somente uma empresa foi prejudicada com a arbitrariedade do Estado, mas também, há uma profunda preocupação com a abertura para a possibilidade de outras empresas serem tratadas da mesma maneira.

Ademais, tal problema de repercussão geral, impacta diretamente nos investimentos vindos de fora, visto que dificulta a aproximação dos investidores, ao mesmo tempo em que afasta as empresas que já se encontram no país, pois há outros países mais abertos à investimento e com incentivos fiscais mais atrativos.

Logo a seguir, será analisada a modulação entre os princípios que constituem a ordem econômica constitucional e o art. 146-A, CF/1988, atinando-se para o fato de que ambos são contraditórios e incoerentes em si mesmos, posto que inseridos no mesmo contexto normativo.

A presente pesquisa teve como objetivo mostrar como o protecionismo e a burocracia atrapalham o desenvolvimento do país, assim como demonstrar como o que parece ser um pequeno problema repercute grandemente nas empresas que desejam se instalar no país.

Buscou-se a discussão da onerosidade da tributação enquanto cerceador da liberdade de concorrência, demonstrando ainda como o art. 146-A é uma das maiores ameaças a esta livre concorrência e livre iniciativa enquanto direito constitucionalmente garantido.

Portanto, a tributação será o elemento preponderante de discussão, tendo-se como destaque no estudo os arts. 146-A e 170 da Constituição Federal, tendo em vista que tais artigos podem influenciar o empresariado nacional e internacional. Pelo fato das empresas repassarem aos consumidores as despesas a mais que possam vir a ter, de forma a aumentar seu lucro, são

estes os mais prejudicados, tendo por intento, a presente pesquisa, em mostrar soluções para melhorias no mercado como forma de beneficiar não as empresas em si, mas o consumidor final que irá pagar mais barato por produtos melhores.

Enquanto conclusão de todo o debate exposto, pondera-se, por fim, o entendimento da decisão prolatada pela 3ª Câmara do CARF no processo de nº 10314.720037/2015-62, no qual foi decidido sobre as multas aplicadas à empresa Crocs Brasil por ter-se considerado que esta não estaria obedecendo as regras de classificação e tributação aduaneiras estabelecidas para entrada de produtos estrangeiros no Brasil.

Como a empresa Crocs importa calçados, apenas revendendo-os no país, deveria pagar um valor à título antidumping de US\$13,00 (treze dólares), fator este que mudaria de acordo com a classificação do calçado importado. Devido ao apego pela burocracia inerente ao Estado brasileiro, o processo de importação dos calçados Crocs gerou tal repercussão que foi necessário o ajuizamento de demanda administrativa para resolução do impasse.

Diante de tais fatos, vendo seus direitos cerceados por mais de uma vez pelo Fisco Federal, a empresa Crocs Brasil deu início a um procedimento administrativo perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, buscando ter uma decisão final e concreta sobre as multas arbitrárias que vinha sofrendo, diante de reiterados erros da própria administração fiscal.

Por fim, busca-se analisar uma ponderação de preceitos fundamentais capaz de dirimir tais disparidades, ao mesmo tempo em que se mantêm dentro dos parâmetros constitucionais e permite com que as empresas estrangeiras que aqui se instalam tenham as mesmas condições de concorrência das empresas nacionais, de forma a estabelecer uma concorrência justa e que beneficie os consumidores.

## 2 A LEI ANTIDUMPING E A CONCORRÊNCIA

O antidumping foi uma ferramenta pensada com o intuito de dirimir a chamada “concorrência desleal” proporcionada pelas empresas estrangeiras que trazem melhores produtos com menores preços para o país, aqui se estabelecendo e passando a manter comércio no Brasil.

Assim, pode-se falar que o antidumping, para além do Imposto de Importação, exerce o controle da concorrência sobre mercadorias importadas, de forma a promover um equilíbrio concorrencial com as empresas brasileiras, devendo ser esta medida ser enxergada como sendo extraordinária, já que o Imposto de Importação é a primeira e maior barreiras à entrada de produtos estrangeiros em território nacional.

### 2.1 BREVE HISTÓRICO

Com o término da II Guerra Mundial os Estados Unidos e os Aliados perceberam a grande necessidade de se reconstruir a economia mundial. Ainda no ano de 1944 foi realizada a Conferencia de *Bretton Woods* nos Estados Unidos (EUA), tendo por intento a adoção do sistema internacional de instituições consolidadas, capazes de manter com concretude e previsibilidade as relações comerciais e financeiras que naquele momento sofriam a forte liderança dos Estados Unidos.

Ainda na esperança da criação da OIC, foi negociado um acordo provisório entre 23 países, em 1947, chamado de *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)*, ainda em uso nos dias de hoje, tendo o termo sido traduzido para Acordo Geral de Tarifas e Comércio.

Mesmo tendo os Estados Unidos se recusado a ratificar a Carta de Havana, tratado este assinado em 1950 e que delimitava princípios e objetivos da OIC, sob o argumento de que retiraria grande parte da autonomia do país em termos de comércio exterior, a OIC não buscou nenhuma represália contra o país.

Desta forma, o GATT tornou-se o mais importante instrumento de discussões de todos os assuntos relativos ao comércio internacional, apesar de ser um acordo provisório, que só vigoraria até a criação da OIC.

O GATT atuou como uma organização internacional de fato, mesmo não sendo de direito, através da qual ocorreram negociações comerciais no âmbito mundial e que durou até a entrada em vigor da OMC.

O art. VII do GATT de 1947 define o dumping em linhas gerais, como sendo este uma introdução de produtos advindos de um país no mercado de outro, a um preço inferior ao que é

cobrado no país de destino, considerando condenável tal prática caso esta cause ou ameace causar danos na indústria do país importador.

Tal acordo sofreu alterações em 1967 com a criação do Código Antidumping do GATT e em 1979 com a renovação da citada codificação.

Como se pode ver, o GATT foi de enorme importância estrutural para a OIC, posteriormente OMC no tangente à regulamentação do dumping, permitindo que fosse caracterizada e reprimida tal conduta, mesmo que suas ações fossem promovidas a nível global, sem contar com a peculiaridade de cada região, bem como sem a realização de nenhum estudo sobre a matéria.

## 2.2 DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA

Segundo Silva (2005) o dumping não seria uma ramificação do direito tributário, mas sim faria parte do direito da concorrência, uma vez que busca impedir práticas consideradas como desleais ou injustas.

Ocorre que, devido às mudanças que o mercado internacional tem sofrido, como o fenômeno dos blocos de integração regional e a globalização, o conceito de concorrência “perfeita”, deu lugar à chamada concorrência efetiva, esta que segue as tendências do mercado, não sendo a concorrência considerada um fenômeno rígido e imutável como anteriormente idealizado.

Em retrospecto, é perceptível que as normas concorrenciais são regidas pelas leis internas de cada país e são aplicadas a agentes públicos e privados, fato este que dificulta o cenário de negócios internacionais.

O dumping com diversas conotações, sendo sua definição debatida por diversos autores. Conforme Silva (2005), o dumping teria mais de uma definição, conforme a acepção na qual ele seja usado.

Existe uma conceituação que é bastante interessante por se valer de argumentos que justificam a aplicação de medidas impeditivas da prática do dumping. Segundo esta linha, o conceito de dumping estaria dividido em três acepções: jurídico, econômico e político.

A jurídica seria aquela definida no próprio Acordo Antidumping, o qual prevê a prática de dumping quando da “oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior a seu valor normal, no caso de o preço de exportação do produto ser inferior àquele praticado, no curso normal das atividades comerciais, para o mesmo produto quando destinado ao consumo no país exportador”.<sup>7</sup> Esta acepção é bastante criticada pela falta de clareza de alguns dos seus elementos, além de não levar em consideração a complexidade das realidades que envolvem o fenômeno. (SILVA, 2005, p. 393)

Segundo se pode ver abaixo, é o art. VII do GATT que define o que seria dumping:

**ARTIGO VII**

**VALOR PARA FINS ALFANDEGÁRIOS**

1. As Partes Contratantes reconhecem, ao que diz respeito à determinação do valor para fins alfandegários, a validade dos princípios gerais que figuram nos seguintes parágrafos do presente artigo e se comprometem a aplicá-los em relação a todos os produtos submetidos a direitos alfandegários ou a outras taxas ou restrições de importação e exportação, baseadas no valor ou pelo mesmo reguladas dentro de qualquer modalidade.

Além disso, cada vez que uma Parte Contratante o solicitar, as Partes Contratantes examinarão a aplicação de qualquer lei ou qualquer regulamento relativo ao valor para fins alfandegários, na base dos referidos princípios.

Qualquer Parte Contratante poderá pedir às demais que lhe forneçam relatórios sobre as medidas que tenham tomado de acordo com as disposições do presente artigo. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. General Agreement on Tariffs and Trade, 1947.

Portanto, pode-se inferir da leitura do artigo acima que o antidumping tem por prerrogativa o impedimento das chamadas práticas desleais de concorrência, através da determinação do pagamento de um valor para fins alfandegários.

Contudo, em contraste a tal prerrogativa, há que se apontar que não obstante ser o direito aduaneiro, a exemplo do direito antidumping, também uma forma de proteção da indústria doméstica, tem-se o Imposto de Importação como sua maior expressão.

Como dito anteriormente, os direitos antidumping assumem o caráter de atividade discricionária, ao contrário dos direitos de natureza tributária, como o é o aduaneiro, onde a atividade é vinculada.

Ademais, como entende Barral (*apud* SILVA 2005), com base no artigo 174, “caput”, CFRB/1988, os direitos antidumping seriam uma modalidade não tributária de intervenção no domínio econômico. Este dispositivo constitucional dá ao Estado o papel de regulador da atividade econômica, atribuindo-lhe a função de incentivador do setor privado e regulador do setor público.

Há que se atentar que a própria Lei 9.019/95, distingue os direitos antidumping dos direitos tributários, já em seu artigo 1º, parágrafo único, quando prevê que tais direitos, juntamente com os compensatórios, serão cobrados independentemente de qualquer obrigação tributária relativa à importação dos produtos afetados.

Em breve resumo, é controverso o entendimento de que a cobrança de taxa antidumping não configuraria *bis in idem*, no tocando ao pagamento de Imposto de Importação cumulado com o valor pago pelas empresas à título de compensação antidumping.

### 2.3 DIREITO ANTIDUMPING NO BRASIL

No Brasil, foi a partir da promulgação da Lei nº 9.019/1995 que se tornou possível a aplicação dos direitos previsto no GATT, regulamentando, portanto, a forma de cobrança dos direitos antidumping, possibilitando tal ato desde que existam indícios da prática de dumping.

É atribuída à Secretaria de Comércio Exterior, do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo (Secex) a promoção do processo administrativo destinado a comprovar o nexo causal entre a conduta e o dano e à apuração da margem de dumping.

Pode-se entender que entre as disposições da Lei n 9.019/1995, que a exigibilidade dos direitos provisórios de dumping pode ser suspensa até decisão final do processo, a critério da Camex.

Esta suspensão está condicionada à disposição do importador de oferecer garantias equivalente ao valor integral da obrigação e dos demais encargos legais, que consistirão em depósito em dinheiro ou fiança bancária (art. 3º), o que em nada diverge dos antigos critérios para que o contribuinte possa oferecer recurso administrativo tributário.

Poderá ser celebrado com o exportador compromisso que elimine os efeitos prejudiciais decorrentes da prática de dumping. Após a homologação a investigação é suspensa, sem imposição de direitos provisórios ou definitivos (artigo 4º e §2º).

O cumprimento das obrigações resultantes da aplicação dos direitos antidumping, sejam provisórios ou definitivos, será condição para a introdução no comércio do País de produtos objeto de dumping (artigo 7º).

Em de 1º de outubro de 2013 passou a vigorar o Decreto nº 8.058/2013, que substituiu o Decreto nº 1.602/1995, e nele encurtaram-se prazos para abertura e encerramento da investigação, estipularam-se prazos para imposição de direitos antidumping provisórios, passando a ser de 120 dias da instauração da investigação, e foram regulados os conceitos dos requisitos necessários à aplicação dos direitos antidumping.

#### 2.4 A NÃO APLICAÇÃO DO ANTIDUMPING DIANTE DE INTERESSE PÚBLICO

Uma das principais controvérsias trazidas pelo Acordo Antidumping é o caráter discricionário do país investigador, uma vez que cada país membro faz a interpretação mais favorável para si mesmo, aplicando a lei de forma a privilegiar o protecionismo.

De forma geral, os critérios utilizados para aferir o interesse público seriam: a concorrência, incluindo o interesse dos consumidores por preços baixos e opções de compra; o emprego e manutenção dos salários e o desenvolvimento tecnológico e industrial interno.

Nos países de tradição civilista, entre estes o Brasil, são comuns nos textos legais expressões de conteúdo impreciso, de aceção ampla. Tal liberdade é tomada com o fim de permitir que as leis possam ser interpretadas conforme a necessidade, se estendendo no tempo sem que haja a necessidade de constantes reformas com o passar dos anos.

O interesse público possui um conteúdo indeterminado, o que faz com que ele possa prevalecer por vários anos, se adaptando aos casos concretos e ao que representa a sociedade naquele momento histórico. Apesar de não haver lhe sido atribuída qualquer definição rígida, há limites legais aos quais a interpretação textual do que seria interesse público deve obedecer.

Tais limites são os princípios elencados pela nossa Constituição, estes que garantem respeito ao que devemos ser considerados os maiores valores da nossa legislação. Portanto, sua conotação deve obedecer a um núcleo mínimo de valores, prefixado pelos princípios constitucionais informadores do ordenamento.

Com o objetivo de dirimir a insegurança causada pelo poder de decisão designado ao Estado, os países membros do Tratado do GATT propõem soluções para melhor manuseio das situações concretas, como a definição de métodos de cálculos, melhor exame da situação da indústria doméstica, do dano entre outras maneiras de diminuir a discricionariedade das autoridades do país de destino da mercadoria.

Dentre estas resoluções, a que mais se destaca é a propõe a consideração do interesse público nas investigações antidumping. Assim, as medidas antidumping não seriam aplicadas se houver qualquer indicação que os benefícios gerados para a indústria doméstica são menores do que os prejuízos provocados a outros agentes também significativos na sociedade, como os consumidores e usuários industriais do produto.

Na experiência brasileira, no entanto, afirma CORDOVIL (2011) que não houve estudos suficientes para aplicação de tal medida, de forma que até o momento só haviam sido abertas cinco investigações sobre o tema, contudo, não houve, ainda, um posicionamento uniforme, a formação de um precedente importante, nas decisões brasileiras, que indicasse a posição do país. (CORDOVIL, 2011).

Monteiro e Galvão (*apud* CORDOVIL, 2011) sugerem a análise do interesse público após a determinação do dumping, incorporando-se a estes conceitos utilizados na esfera concorrencial. Tal pressuposto pode partir da avaliação da disponibilidade de produtos iguais ou substitutos, os impactos causados com a imposição da medida antidumping e os impactos da medida antidumping.

## 2.5 O ANTIDUMPING E A LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA

Em um comunicado à OMC, o governo dos EUA apresentou este argumento:

Contrariamente às suposições de alguns economistas, as regras antidumping não tem a intenção de remediar as práticas de preços predatórios de empresas ou como um remédio para qualquer outra prática privada anti-competitiva tipicamente condenada pelas leis de competição. Mais do que isso, as regras de antidumping são um remédio comercial no qual os membros da OMC concordaram ser necessário para a manutenção do sistema de comércio multilateral. Sem isso e outros remédios comerciais, poderia não haver acordo em pacotes de abertura de mercado mais abrangentes do GATT e, mais tarde, da OMC, especialmente dadas as imperfeições que permanecem no sistemas de comércio multilateral (Governo dos Estados Unidos da América, 1998, p. 2)<sup>1</sup>

Em outras palavras, o antidumping é o preço a ser pago pela manutenção de um mercado aberto entre os países, no qual algumas indústrias que não estão preparadas para enfrentar a competição. É uma válvula de escape que garante o apoio político para a troca de iniciativas liberais.

Entre os economistas, a resposta correta para o argumento na verdade seria o uso de um instrumento capaz de prover proteção temporária à indústria ineficiente enquanto medida de proteção, não o antidumping.

Medidas de proteção são mais transparentes, menos beligerantes e mais focadas do que o antidumping, afirma Araújo Jr. (2001). Ao invés de culpar os importadores pelos problemas comerciais internos de cada país, medidas de proteção direcionam a atenção do governo para fatores domésticos que possam estar limitando a competição das empresas locais.

Ao longo das últimas duas décadas, são perceptíveis as melhoras feitas quanto ao antidumping na comunidade mundial, estas que variam de iniciativas corajosas que tentam substituir o antidumping com leis de concorrência de forma a restringir as reformas capazes de

---

<sup>1</sup> "Contrary to the assumptions of some economists, the antidumping rules are not intended as a remedy for the predatory pricing practices of firms or as a remedy for any other private anti-competitive practices typically condemned by competition laws. Rather, the antidumping rules are a trade remedy which WTO Members have agreed is necessary to the maintenance of the multilateral trading system. Without this and other trade remedies, there could have been no agreement on broader GATT and later WTO packages of market-opening agreements, especially given imperfections which remain in the multilateral trading system." (U.S. Government, 1998, p. 2)

introduzir princípios antitruste nas investigações antidumping, tais como análise de condições de competição no país importador e no exterior ou examinar as consequências agregadas à medida de proteção tomada pelo país.

Araújo Jr. (2001), enquanto maior crítico da aplicação do dumping no Brasil, reforça a reflexão em quatro pontos principais: os altos custos da proteção antidumping; os procedimentos podem ser facilmente usados por empresas envolvidas em condutas anticompetitivas; as medidas de salvaguarda são mais apropriadas; e pode-se substituir as normas antidumping por normas antitruste.

Desta forma, o autor propõe a utilização de dois testes já utilizados em análises concorrenciais para a solução do antidumping. O primeiro dos testes seria a verificação do grau de concentração no mercado exportador e o segundo seriam as barreiras à entrada no mercado importador.

Para ele, não devem ser abertas investigações contra produtos provenientes de mercados pulverizados, já que neste não é possível a prática de preços predatórios, ou contra exportadores que não possuem posição dominante.

### **3 O ART. 146-A E A CORREÇÃO AOS DESEQUILÍBRIOS CONCORRENCIAIS**

O art. 146-A, CRB/88 foi incluso no texto constitucional através da emenda Constitucional nº 42, que entrou em vigor dia 19 de dezembro de 2003.

Este dispositivo veicula uma autorização direcionada ao legislador para que este, por meio de lei complementar, estabeleça critérios especiais de tributação com o objetivo de prevenir desequilíbrios de concorrência.

Como elucida o ilustre ministro do Supremo Tribunal Federal, no debate promovido pelo Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO) NO Seminário Desequilíbrio Concorrencial Tributário e a Constituição Brasileira, em 10 de maio de 2010, no qual, no momento em debatia a questão do desequilíbrio concorrencial tributário, assim exprime sua opinião a respeito dos pilares constitucionais do equilíbrio concorrencial:

O ponto de partida é a própria Constituição de 1988, que está baseada na ‘dignidade da pessoa humana’, como diz o primeiro artigo, ao lado de outros fundamentos, como ‘os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa’. Logo adiante, no terceiro artigo, a Carta enumera, como objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade ‘livre, justa e solidária’ (...) (PILAGALLO, 2010, p. 23)

Portanto, enquanto a livre concorrência é um dos princípios elencados na nossa Constituição, a tributação seria um instrumento par correção das chamadas falhas do mercado, tendo esta medida o intento de concretizar os princípios constitucionais que orientam a ordem econômica e da existência digna.

É certo que a tributação pode causar distorções nos mercados e desequilíbrio na concorrência, o que é mais comumente visto. Também pode ocorrer de a tributação funcionar como ferramenta de impacto para corrigir tais desequilíbrios, não podendo sozinha ser considerada a solução para todos os problemas econômicos, devendo ser utilizada juntamente com outras formas de controle, estratégias políticas e econômicas.

Devido à inúmeras interpretações que podem ser extraídas dos art. 146-A, CRFB/88, há uma maior necessidade de exame do tema aqui apresentado, de forma que se possa demonstrar a concretização dos princípios constitucional, permitindo-se uma maximização do proveito retirados pela sociedade sobre o texto legal.

#### **3.1 INTERPRETAÇÃO DO ART. 146-A NO SEU ASPECTO FORMAL E MATERIAL**

Implementado pela Emenda Constitucional nº 42/2003, o artigo 146-A complementou o art. 146 da Constituição Federal da República, este que dispõe sobre as matérias que

obrigatoriamente devem ser reguladas por Lei Complementar. Da seguinte forma o art. 146-A da Constituição Federal da República do Brasil de 1988 se expressa:

Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo. (BRASIL, Constituição Federal, 1988)

Como se pode ver, o art. 146-A, CRFB/1988 veicula a competência dirigida ao legislador, reiterando o princípio da neutralidade concorrencial do tributo. Considerando-se que todo tributo afeta o mercado, visto que interfere com o preço de bens e serviços, também é de se considerar que este afete a concorrência.

A neutralidade concorrencial do tributo pode ser entendida como medida desejável, mas que não tem cumprimento obrigatório. Considera Souza (2011), com base em Misabel Abreu Machado Derzi, que com a EC 42/2003, a neutralidade concorrencial do tributo passou a integrar o sistema tributário.

Misabel Abreu Machado Derzi bem percebe que o art. 146-A, da Constituição Federal estabelece uma importante diretriz: não devem ser tolerados os desequilíbrios da concorrência provocados pelos tributos. Critérios especiais de tributação, ainda que preventivamente, podem ser introduzidos. Como norma principiológica, o art. 146-A obriga o legislador complementar ou ordinário. Não-cumulatividade, Neutralidade, PIS e COFINS e a Emenda Constitucional nº 42/03. (apud. SOUZA, 2011)

Enquanto a Constituição Federal impõe como um de seus objetivos que os tributos não sejam fontes de desequilíbrio concorrencial, não podendo, através de emenda à Carta Maior, que o legislador ordinário assim proceda, abalando o mercado com a imposição de mais tributos que possam prejudicar empresas e consumidores.

Se assim o fizer, estará este ferindo o princípio da neutralidade, visto que é seu dever evitar desequilíbrios motivados por práticas tributárias inconstitucionais. Neste contexto, seria ilógico admitir que próprio legislador possa editar normas causadoras de desequilíbrios, comenta Souza (2011), posto que haveria uma direta contrariedade ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Considera Grau (2010) que, ao adotar princípios contraditórios, como discutido acima, a CRFB/88 se torna uma norma ideológica, impossível de ter qualquer aplicação prática, tornando-se verdadeira fábula.

A Constituição formal, em especial enquanto concebida como meramente programática – continente de normas que não são normas jurídicas, na medida em que define direitos que não garante, na medida em que esses direitos só assumem eficácia plena quando implementados pelo legislador ordinário ou por ato do Executivo -, consubstancia um instrumento retórico de dominação. Porque esse o seu perfil, ela se transforma em mito. (2010, p. 39)

Ainda em análise ao art. 146-A, é claramente perceptível de rápida leitura deste, que a parte final ressalva a competência da União estabelecer normas capazes de atingir os mesmos objetivos, quais sejam, a neutralidade tributária que não impacte o mercado.

Desta forma entende-se que mesmo não havendo lei complementar, podia de pronto a União dispor sobre desequilíbrios concorrenciais tributários com base em princípios constitucionais outros, como a igualdade (art. 5º, I; art.150, II, CFRB/88) e a livre concorrência (art. 170).

A edição de Lei Complementar superveniente implicaria revogação de Lei Ordinária Federal caso regule diferentemente a mesma matéria. Os critérios estabelecidos pela Lei Complementar devem ser de observância obrigatória de todos os entes e, havendo vazio ou incompletude na Lei Complementar, poderá a União, por meio lei própria, dispor sobre a matéria, desde que restrita ao âmbito de sua competência.

Ao se pensar no ponderamento deste artigo, deve-se levar em consideração, principalmente, a justa medida entre meios e fins, conforme dita o princípio da proporcionalidade. Neste sentido, infere-se que se a norma tributária for formulada de modo a provocar ou acentuar desequilíbrios concorrenciais já existentes, criando verdadeira desigualdade material pela lei, esta será inconstitucional.

Ademais, no momento de formulação deste tipo de normas, é necessário que se analise profundamente a necessidade do seu estabelecimento, em que pese os diversos tributos já exigidos pelo Estado, serem acrescidos de mais exigências legais, quando na verdade o que bastaria seria uma maior fiscalização, caso se repute tão necessário.

Além disso, se uma empresa já se encontra em situação de sonegação de tributos, não é mais um tipo de tributo sobre os demais que irá impedir a continuação do ato atentatório à concorrência equilibrada, mas sim a fiscalização que irá impedi-la de continuar com seu comportamento ilícito.

Na realidade, as empresas que já pagam seus tributos terão um peso a mais a ser adicionado à já desmedida carga tributária paga, onerando aqueles que cumprem a lei e beneficiando aqueles que já agiam ilegalmente, posto que os empresários que pagam seus

tributos serão obrigados a cobrar mais por seus produtos, e os que não pagam irão continuar a não pagar.

Apesar do argumento de que razões extrafiscais podem justificar o tratamento desigual, desde que sejam compatíveis com o perfil constitucional do tributo e se justifiquem em face dos demais princípios, cabe observar que se o tributo interferir indevidamente no mercado, o que inevitavelmente há de acontecer, este deve ser declarado inconstitucional, face a clara afronta à livre concorrência, pregada pelo art. 170.

Hamilton Dias afirma que o artigo constitucional trouxe dúvidas quanto à sua aplicação.

O problema é que a lei complementar pode apenas traçar diretrizes gerais. Somente a lei ordinária pode dispor sobre aspectos materiais da obrigação tributária, como fato gerador, base de cálculo, e tributação fixa, para orientar estados e municípios. Entretanto, os estados terão de se orientar pela lei complementar. (PILLAGALO, 2010)

Para Schoueri (PILLAGALO, 2010,), é por meio da livre concorrência que se evitam barreiras de acesso ao mercado. Ele explicou que a livre concorrência é preservada pela lei tributária quando é obedecido o princípio da neutralidade, que deve prevenir distúrbios de concorrência.

O desequilíbrio ocorre quando entidades se valem de benefícios fiscais, como a imunidade, e passam a influir no domínio econômico, provocando concorrência ilegal. A imunidade pode até aumentar a concorrência, mas o problema é quando entidades imunes atuam no mercado com preços predatórios. (PILLAGALO, 2010)

A competência reguladora se trata de autorização normativa outorgada pela Constituição para edição de normas jurídicas restritivas das liberdades, conforme prega Bonfim (2011). Já a competência tributária seria a autorização constitucional dos entes federados para instituir, exonerar e administrar a arrecadação dos tributos.

O exercício regular da competência tributária pode acarretar a invasão da repartição constitucional da competência reguladora nos tributos com finalidade extrafiscal, o que a doutrina nomeia de efeito oblíquo da doutrina reguladora. Tal preocupação só existe neste tipo de tributação, posto que na tributação com função fiscal os efeitos indutores se tornam irrelevantes, prevalecendo a repartição da competência tributária (BOMFIM, 2011).

Outro aspecto formal que merece ser abordado é a espécie legislativa utilizada para apresentar as normas tributárias de que trata o art. 146-A, CRFB/88. Estas espécies são a lei complementar e a lei ordinária de competência da União, estas que estão reguladas pelo art. 59, II e II, CRFB/88, sendo a principal diferença entre essas duas modalidades legislativas o quórum exigido no momento de sua votação.

Porém, o uso de tais tipos normativo traz alguns obstáculos, como a impossibilidade da lei complementar disciplinar diferentes critérios especiais de tributação para setores específicos da economia, vez que os critérios devem variar de acordo com o setor afetado e a origem do desequilíbrio concorrencial.

Já o segundo obstáculo que pode ser observado seria a violação do pacto federativo se fosse permitida a criação ou majoração de tributos com finalidade de prevenir desequilíbrios concorrenciais, já que a instituição de lei complementar pela união feriria a competência tributária dos outros entes.

Todavia tal não exclui a competência da União através de lei ordinária, de estabelecer normas com o objetivo de prevenir desequilíbrios de concorrência, decorrente do abuso de poder econômico que objetivo dominar mercados e eliminar a concorrência, descrita no art. 173, §4º, CRFB/88 (SILVA, 2011).

Assim, este debate permite a fixação de parâmetros por lei complementar advinda do Congresso Nacional, com o objetivo de garantir uma uniformidade mínima ao conteúdo que pode ser editado a partir dessa norma, ao mesmo tempo em que preserva a competência legislativa de cada ente ao permitir que cada um deles legisle de forma a prevenir desequilíbrios de concorrência para cada setor econômico, de acordo com suas particularidades regionais.

### 3.2 OS TIPOS DE DESEQUILÍBRIOS CONCORRENCIAIS E COMO SE DARIA A PREVENÇÃO FEITA ART. 146-A OS PREVINE

A chamada concorrência “perfeita” é um modelo ideal e básico para que os economistas possam realizar estudos com base em análises do comportamento dos agentes econômicos que fazem parte de determinado mercado, bem como das relações daí decorrentes.

A definição da concorrência “perfeita” seria justamente a eficácia máxima do mercado, não sendo nenhum recurso desperdiçado. Apesar de não passar de mera idealização, já que as relações entre os agentes econômicos são complexas e repletas de defeitos, muitas vezes cheias de imprevisibilidade.

Suas principais características podem ser assim elencadas: as empresas e as pessoas são tão pequenas em relação ao mercado que suas decisões não afetam o preço por este fixado, sendo estes entes chamados de tomadores de preço e no mercado atomizado.

Esses agentes econômicos têm informação perfeita sobre a qualidade, disponibilidade e o preço de todos os bens e serviços; as ações de uma empresa ou pessoa afetam outras empresas e pessoas apenas indiretamente, através dos preços; e os bens são desfrutados de

forma exclusiva pelo consumidor, impossibilitando a fruição pelos demais. (STIGLITZ; WALSH, 2003)

O mercado portador de concorrência tida como perfeita é autorregulável, sendo as falhas que vierem a ocorrer corrigidas sem nenhuma intervenção externa. Este fenômeno não ocorre na prática, tendo o mercado falhas que provocam verdadeiras distorções e prejuízos.

Estas são imperfeições e inoperabilidades do mercado, derivadas do mau funcionamento da própria interação entre os seus agentes, produzindo resultados falhos e distanciados das expectativas econômicas, sendo considerados muitas das vezes como inaceitáveis (NUSDEO, 2010).

As falhas estruturais verificadas no mercado decorrem da impossibilidade de execução real das características que perfazem o modelo de concorrência perfeita. Desta forma elas são a concentração do poder do mercado, da assimetria informacional, das externalidades mercadológicas e os bens particulares e públicos.

A chamada concentração do poder de mercado se dá por uma ou várias empresas, formando barreiras à entrada de novos concorrentes, o que pode se dar de diversas formas e estágios, sendo o mais preocupante dos casos o monopólio.

Já no caso da assimetria das informações, esta é provinda de desequilíbrios nos níveis de informação entre os agentes econômicos, o que pode interferir na existência, regularidade e conclusão das transações econômicas e do funcionamento do mercado, resultando em ineficiência e rompimento das premissas de perfeição da concorrência (STIGLITZ; WALSH, 2003).

Quanto mais assimétricas e concentradas as informações, maior será o poder econômico de quem as detêm, determinando que aqueles que conseguiram se sobressair no mercado, seja por suas habilidades, seja por sua iniciativa (SALOMÃO FILHO, 2007).

As falhas de mercado que decorrem da tributação impactam não só o mercado, mas também o comportamento econômico dos contribuintes. Toda instituição ou majoração de tributo, ou mesmo a criação de uma nova obrigação acessória ao tributo indiscutivelmente afeta a conduta e as expectativas dos agentes econômicos (CALIENDO, 2011), seja no seu modo de consumo, seja no modo como irão cumprir o que lhes foi imposto.

Desta feita, o aumento de um tributo afeta diretamente o mercado na medida em que altera o andamento deste, alterando preços dos produtos na medida em que a carga tributária é incorporada aos custos de produção, no transporte, na comercialização, nas contribuições sociais quando do pagamento dos salários dos trabalhadores das empresas e indústrias, do

contrário, importaria um enorme ônus para os empresários, o que afetaria diretamente seus lucros.

É neste contexto que a tributação é superfluamente usada pelo Estado brasileiro, justificando um aumento desnecessário da carga tributária com a criação do art. 146-A da Constituição Federal, na medida em que este é usado como instrumento de intervenção no domínio econômico.

Entende Bomfim (2011) que a competência constante no art. 146-A, CRFB/88 autoriza o uso da tributação como indutora, devendo prevenir os distúrbios concorrenciais externos ao mercado, sendo considerados estes aqueles produzidos pelo exercício da competência tributária pelos entes da federação, ou seja, pela própria tributação.

Tanto é, que o legislador deixa claro que a competência elencada pelo art. 146-A não exclui a competência do art. 173, §4º, CRFB/1988<sup>2</sup>.

Se for adotada a ideia de que nenhuma disposição constitucional é vazia de sentido, de fato, os desequilíbrios a serem prevenidos são aqueles causados pela própria tributação, o que é um contrassenso na disposição constitucional, já que as falhas de mercado já eram tuteladas pelo art. 173, §4º, como visto acima.

### 3.3 CRITÉRIOS ESPECIAIS DE TRIBUTAÇÃO ESTABELECIDOS PELO ART. 146-A, CRFB/88

Hamilton Dias (PILAGALLO, 2010) entende que a lei complementar de que trata o art. 146-A poderia traçar critérios gerais, materiais e formais. Os critérios materiais envolvem a obrigação principal e os formais criam obrigações acessórias especiais.

Os critérios materiais são aqueles que interferem diretamente na obrigação principal, como a tributação monofásica, a antecipação da cobrança ao fato gerador, alíquotas fixas ou específicas e pautas de valores mínimos; já os formais criam deveres instrumentais especiais, como regime especial de fiscalização, medidores de peso, volume e vazão, condicionamento de créditos de tributo não cumulativos à comprovação de efetivo pagamento do montante devido na operação ou prestação anterior e regime especial de recolhimento.

---

<sup>2</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Segundo Schoueri (PILAGALLO, 2010), o art. 146-A faculta critérios especiais de tributação, permitindo que sejam estabelecidos novos tipos de obrigações acessórias para os agentes que forem descobertos excedendo suas prerrogativas e praticando abuso de poder econômico. Assim, deve-se considerar como não sendo permitido a criação de tributos, mesmo que tenham o objetivo de combater desequilíbrios concorrenciais.

Como exemplo dos critérios especiais de tributação, pode citar-se a substituição tributária e a imposição de responsabilidade pelo recolhimento de tributos como forma de evitar fraudes fiscais (SCHOUERI; org. PILAGALLO, 2010), porém, em momento algum cita-se a possibilidade a aumento da fiscalização ao invés de aumento das obrigações tributárias.

Portanto, é possível concluir-se que o art. 146-A, CRFB/88 não permite que sejam criados novos tributos, mas apenas se limitar a fixar regras gerais sobre a tributação, de acordo com os desequilíbrios concorrenciais que venham a se instalar no caso concreto.

Todavia, vale ressaltar que não é dispensada a possibilidade de os Estado-membros poderem disciplinar institutos como a substituição tributária, a criação de regimes especiais de tributação e a concessão de incentivos fiscais.

Ao se analisar o art. 146-A, CRFB/88, Brazuna (2009) afirma que a doutrina, principalmente apoiada em Paulo de Barros Carvalho, considera que ao empregar o termo “*critérios especiais*”, o legislador vincula a determinação de critérios diferenciados de tributação, estes que fazem parte da regra-matriz de incidência tributária.

Ou seja, ao falar isso, refere-se o autor aos critérios material, temporal, espacial e subjetivo, pelos quais se identificam situações e sujeitos que seriam passíveis de tributação diferenciada, de acordo com a gravidade da situação, e com base na alteração do critério quantitativo dos tributos, que seria a base de cálculo e a alíquota.

Assim, a aplicação do art. 146-A deveria limitar-se às obrigações acessórias, nos termos do art. 113, §2 e 3, CTN<sup>3</sup>, se prestando a promover uma fiscalização mais pesada e direcionada ao combate dos desvios de concorrência, colocando em prática o controle da arrecadação tributária já existindo, e não expandindo-a.

---

<sup>3</sup> Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Enfim, cabe salientar a questão da aplicação concorrente dos critérios especiais de tributação com a instituição de outras normas de igual objetivo pela União, como estabelece o próprio art. 146-A.

Em essência, tal circunstância requer a análise de quais seriam estas e outras normas colocadas à disposição da União para o combate dos desequilíbrios concorrenciais e qual a diferença, caso essa exista, em relação à aplicação do referido artigo.

Destaque-se que os critérios especiais de tributação, cuja aplicação é facultada pela referida norma visam prevenir os desequilíbrios concorrenciais, levam ao entendimento no sentido de que aplicação se dá ao mesmo tempo em que há a competência da União para instituir contribuições de intervenção no domínio econômico, entende Humberto Ávila (PILLAGALO, 2010), estas referidas como “outras normas de igual objetivo”, passíveis de serem estabelecidas pela União.

Isto implica dizer, em resumo, que os critérios especiais de tributação descritos no art. 146-A da Constituição teriam aplicação anterior à ocorrência dos desequilíbrios da concorrência e sem a necessidade da restrição imposta ao princípio da livre concorrência.

A instituição das CIDES, por exemplo, pressuporia especificamente a atuação posterior da União nos casos em que fosse identificada a exceção à livre concorrência em determinado setor econômico.

Neste sentido, Schoueri assevera que a atuação estatal anterior, por meio da instituição de critérios especiais de tributação, provoca uma modificação da função do Estado enquanto regulador da ordem econômica, delegando-lhe o papel de assegurar o funcionamento dos mercados, o que de logo não se mostra correto. O que deveria ocorrer não seria a correção das distorções, mas sim sua prevenção, garantindo aos próprios agentes econômicos pudessem se proteger de tais fenômenos, assegurando-se não somente a liberdade de concorrência, como também a liberdade individual.

Não se trata da liberdade do agente econômico isoladamente, [...], mas da liberdade da sociedade como um todo. O que se defende é a concorrência, não os concorrentes. O próprio texto constitucional compreende mercado interno como patrimônio nacional, o que está expresso no artigo 219. Assim, “ao assegurar a livre concorrência, o constituinte houve por bem preservar o patrimônio mercado”. (PILLAGALO, 2010, org., p. 33)

Note-se que os critérios especiais de tributação devem ser veiculados por lei complementar, enquanto as demais normas de competência da União devem ser veiculadas por lei ordinária.

Desta forma, é reconhecida a já existente competência da União para combater desequilíbrios concorrenciais por meio da instituição de lei ordinária federal que verse sobre tributos federais e acresceu a esta a possibilidade de dispor, por lei complementar também nacional, de formas preventivas de combate aos desequilíbrios da concorrência causados pela tributação.

A questão da normatização de critérios especiais por meio de lei complementar ganha destaque quando se considera a dimensão principiológica da norma em comento, substituindo a neutralidade concorrencial inerente ao Estado em razão do exercício da tributação, principalmente quando se considera o ambiente de repartição de competências tributárias entre os demais entes da federação.

A Lei Complementar, portanto, de caráter nacional, ao exigir a sua observância por todos os Entes federados, iria harmonizar possíveis discrepâncias entre as várias legislações, de modo a evitar desequilíbrios de concorrência decorrentes do exercício não estruturado da competência tributária

Neste sentido, no âmbito nacional e com vistas a promoção do equilíbrio do mercado, resolvem-se questões verificadas na esfera estadual, como a eventual complacência de determinado Estado com a reiterada e substancial sonegação de tributos, o que, por certo, causaria desequilíbrios concorrenciais em relação a contribuintes localizados em outros estados que atuem de forma mais combativa em relação a essa prática.

Em conclusão a tal raciocínio, é cabível comentar-se que o art. 146-A tem diversas nuances às quais deve-se dar maior ênfase, assim como destaca Dias Souza em sua fala, retratando o art. 146-A da seguinte forma:

[Dias Souza] entende que o artigo 146-A tem três significados. Em primeiro lugar, dele se depreende que o tributo interfere diretamente na atividade econômica. Em segundo, fica claro que a tributação não pode causar desequilíbrio concorrencial. E o terceiro significado é que as ordens parciais do governo devem adotar ações positivas para assegurar a carga tributária para os que disputam o mesmo mercado. ( PILAGALLO, 2010, org., p. 46)

Já Everardo Maciel observou que o art. 146-A resulta de princípios que não podem ser analisados isoladamente, sendo o Princípio da Neutralidade o principal deles, porquanto demanda a interpretação sistemática juntamente com outros princípios que compõem as práticas de política tributária.

Maciel observou que o efeito do dispositivo (art. 146-A, CF) resulta de princípios que não devem ser analisados isoladamente. “Já disse, com muita propriedade, que esse artigo é uma homenagem ao princípio da neutralidade. O princípio da neutralidade, entretanto, não pode ser visto de forma isolada. Ele tem de ser compreendido em articulação com outros princípios que informam a política tributária. Nomeadamente, o princípio constitucional da capacidade contributiva, que se expressam tanto no direito positivo quanto no de inúmeros outros países. ( PILAGALLO, 2010, , p. 77)

### 3.4 A APLICAÇÃO DO ART. 146-A E A NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA

Com base nesse entendimento exposto acima, o Supremo Tribunal Federal julgou o seguinte precedente não vinculante, no litígio proposto pela American Virginia Industria e Comercio Importação e Exportação de Tabacos Ltda contra a União Federal na AÇÃO CAUTELAR 1.657/RJ.<sup>4</sup>

American Virginia Indústria e Comércio Importação Exportação Ltda. pretende obter efeito suspensivo para recurso extraordinário admitido na origem, no qual se opõe a interdição de estabelecimentos seus, decorrente do cancelamento do registro especial para industrialização de cigarros, por descumprimento de obrigações tributárias. [...] Não há impedimento a que norma tributária, posta regularmente, hospede funções voltadas para o campo da defesa da liberdade de competição no mercado, sobretudo após a previsão textual do art. 146-A da CF. Como observa Misabel de Abreu Machado Derzi, "o crescimento da informalidade [...], além de deformar a livre concorrência, reduz a arrecadação da receita tributária, comprometendo a qualidade dos serviços públicos (...). A deformação do princípio da neutralidade (quer por meio de um corporativismo pernicioso, quer pelo crescimento da informalidade (...), após a EC 42/2003, afronta hoje o art. 146-A da CF. Urge restabelecer a livre concorrência e a lealdade na competitividade". (**AC 1.657 MC**, voto do rel. p/ o ac. min. **Cezar Peluso**, j. 27-6-2007, P, *DJ* de 31-8-2007.)<sup>5</sup>

Neste caso de grande repercussão, o STF trata da possibilidade da Receita Federal cassar o registro especial para a industrialização e comercialização de cigarros, nos termos do Decreto-lei nº 1.599777, alterado pela MP 2.158-35, de forma a impedir sua atividade econômica.

O argumento utilizado para tal concessão foi o descumprimento de forma substancial, reiterada e injustificada de suas obrigações tributárias e, ainda, pelas práticas reiteradas de atos fraudulentos, estando tais condutas ilícitas elencadas pelas Leis nº 4.502/64 e 8.137/90.

Em sua defesa, alegou a empresa que seu direito se baseava no livre exercício da atividade econômica lícita e que o ato de cassação de sua licença seria o mesmo que impor uma sanção política, o que iria de encontro às súmulas 70, 323 e 547, STF.

Sumula 70, STF: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Sumula 323, STF: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos

Sumula 547, STF: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

<sup>4</sup> [http://www.apet.org.br/jurisprudencia/pdf/juri\\_18\\_9\\_07\\_1.pdf](http://www.apet.org.br/jurisprudencia/pdf/juri_18_9_07_1.pdf)

<sup>5</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484304>. Acesso em 16 de mar. de 2018.

Ainda que não tenha sido editada a lei nacional de normas gerais de que trata o art. 146-A, CRFB/88, o caso em discussão foi julgado sob a égide do princípio da liberdade de iniciativa e da proteção da concorrência.

Muito embora ainda não haja a lei nacional de normas gerais prevista no art. 146-A da Carta Magna, o caso foi debatido a luz dos princípios liberdade de iniciativa e proteção da concorrência, conforme se infere do voto do Ministro Cezar Peluso:

"A defesa da livre concorrência é imperativo de ordem constitucional (art. 170, inc.V) que deve harmonizar-se com o princípio da livre iniciativa (art. 170, *caput*). (...) Não colhe, pois, a alegação de que a administração estaria, neste caso, a encerrar ou impedir *"as atividades empresariais de uma sociedade...que exerce atividade lícita."* A atuação fazendária não implicou, pelo menos à primeira vista, violação de nenhum direito subjetivo da autora, senão que, antes, a impediu de continuar a desfrutar posição de mercado conquistada à força de vantagem competitiva ilícita ou abusiva." (BRASIL. 2007)

Tal decisão do Supremo Tribunal Federal não permite que qualquer tipo de norma infraconstitucional estabeleça um regime especial de tributação, nem possibilita a criação de restrições ao livre exercício de atividade econômica lícita.

Na verdade, o que esta decisão permite é que sejam utilizadas as normas que se mostrem mais adequadas, necessárias e razoáveis, delimitando o exercício da atividade econômica frente a proteção do princípio da liberdade de concorrência, tudo com base no entendimento extraído do art. 146-A.

A única justificativa para a restrição da atividade econômica lícita, de forma a ensejar o enfrentamento do princípio da livre concorrência, seria justamente o descumprimento substancial da obrigação principal ou acessória que configure ato ilícito. O mero inadimplemento da obrigação tributária não é causa, por si só suficiente para a imposição de uma sanção tão grave quanto o regime especial de tributação.

Neste mesmo norte, entende-se que apenas a ameaça à livre concorrência, é que permitiria a instalação de um regime especial de tributação para aquele ou aqueles agentes econômicos em específico que estão concentrando poder econômico e impedindo a uma concorrência leal com seus pares.

Portanto, o ponto central da discussão é justamente o respeito à validade ou não das leis infraconstitucionais que restringem direitos e estabelecem regimes especiais, não devendo tal posição ser analisada como exercício regular do poder de polícia estatal, mas sim pautando-se no art. 146-A, desde que haja provas suficientes a demonstrar a existência da prática do ato ilícito que tenha ou objetivo ou de fato proporcione o cerceamento da livre concorrência.

É válida a concessão de regime especial que assegure igualdade de tratamento ao contribuinte que esteja sendo vítima de concorrência desleal, em decorrência de concessão irregular de benefício fiscal concedido a outrem de forma ilegal ou inconstitucional.

Por força disto, as concessões unilaterais, aquelas que são realizadas sem convênio que as autorize, benefício fiscal em matéria de ICMS, que violam o princípio da livre concorrência.

Medidas protetivas são mais comumente vistas no cenário internacional, principalmente através da imposição de direitos compensatórios (*countervailing duties*) para corrigir as distorções provocadas por prêmios, subsídios ou subvenções.

Nesta esteira, as leis estaduais que possibilitam o reestabelecimento da concorrência igualitária através de mecanismos de quiparação ou compensação fiscal, o fazem com base no art. 146-A, CRFB/88

Discute a doutrina a respeito da possibilidade de se poder introduzir um novo tributo ancorado pelo art. 146-A, CF. Embora não se possa falar em uma corrente dominante, é perceptível a predominância daqueles que consideram como improvável que o art. 146-A introduza novo tributo (VALADÃO, 2015). Conforme indica o autor, o art. 146-A não deve ser utilizado para instituir tributos novos, de forma que possa acarretar uma sobrecarga de novas legislações estaduais e municipais.

## 4 A LIBERDADE E O MERCADO

Com base em Irti, Eros Grau (2010) tece o argumento de que o mercado não é um fenômeno de ocorrência natural, sendo fruto de determinadas reformas institucionais e operando com base em normas que o regulam e o limitam; deve ser este entendido como uma criação histórica, uma instituição social, continua Grau (2010), partindo dos ensinamentos de Avelãs Nunes.

O mercado, de uma forma mais geral, obedece a certos critérios que o regem, com base na obediência de determinadas condutas, estas que devem estar de acordo com os interesses dos agentes que nele atuam.

O mercado, anota ainda Irti, é uma ordem, no sentido de regularidade e previsibilidade de comportamentos, cujo funcionamento pressupõe a obediência, pelos agentes que nele atuam, de determinadas condutas. Essa uniformidade de condutas permite a cada um desses agente desenvolver cálculos que irão informar as decisões a serem assumidas, de parte deles, no dinamismo do mercado. (GRAU, 2010, p. 28)

Desta forma, Grau (2010) afirma que o mercado observa uma série de regras que torna o comportamento de seus agentes previsível, determinando uma série de comportamentos que estarão encadeados. Assim, para o autor, o mercado é uma ordem.

É obedecendo a este raciocínio que assinala Antonio Baldassarre (apud. GRAU, 2010, p. 28) que há a exigência de um sistema de normas jurídicas uniformes, acompanhado de um sistema de decisões políticas integrado, de forma a contribuir não só para o fortalecimento do mercado, mas também para o desenvolvimento da sociedade civil como um todo.

### 4.1 O LIVRE MERCADO

ROTHBARD (2006) define o livre mercado como sendo “um termo conciso para um arranjo de trocas que ocorrem na sociedade”. Cada uma dessas trocas ocorre de forma voluntária entre os agentes econômicos, de forma que estes trocam entre si bens econômicos, sejam eles mercadorias ou serviços.

Cada parte valoriza os bens ou serviços de uma forma diferente, permitindo que cada um deles se beneficie desta troca. O que determina os termos do acordo ocorrido entre os participantes é o quanto cada um irá valorizar os bens trocados e a habilidade de barganha a inerente a cada um deles.

O mercado, enquanto moderna e quase infinita rede de trocas, só é possível graças ao uso do dinheiro (ROTHBARD, 2006). Cada pessoa tem certo grau de especialização ou se ocupa em certa divisão do mercado de trabalho, produzindo aquilo que faz melhor. A cada ação

no mercado, os preços são determinados pelas interações voluntárias dos agentes que ofertam e dos agentes que demandam. Esse mercado, portanto, é chamado de livre porque as escolhas dos agentes são feitas de forma livre e voluntária (ROTHBARD, 2006).

O livre mercado, em conjunção com o sistema de preços, permite a disponibilização de bens aos consumidores. O livre mercado, assim, permite uma maior liberdade de ação aos empreendedores, que arriscam seu capital investindo em produtos que possam satisfazer os desejos futuros dos consumidores da forma mais eficiente.

O dinheiro que se encontra em poupança ou investido é capaz de gerar bens de capital e aumentar a produtividade e os salários dos trabalhadores, melhorando também seu padrão de vida. Não só o investimento é encorajado numa perspectiva de livre mercado, mas também o sistema de preços e os lucros e prejuízos que acompanham o mercado, conduzem o investimento e a produção.

Esta complexa rede econômica permite o equilíbrio dos mercados de forma que não haja imprevisíveis e inexplicáveis escassezes ou excessos dentro do sistema produtivo.

Todavia, nem sempre as trocas são necessariamente livres. Muitas delas ocorrem de forma coercitiva. É o que se dá quando um assaltante exige seu dinheiro, se beneficiando este às suas custas, sem que houvesse qualquer tipo de liberdade de escolha.

Esse tipo de exploração por meio da coação não ocorre no livre mercado, mas onde há coerção de um agente por outro. À longo prazo, a coerção diminui a produção, a poupança e o investimento, havendo um esgotamento do estoque de capital e uma paulatina redução da produtividade e do padrão de vida da sociedade em geral.

Sobre o Estado, enquanto único ente legitimado a aplicar legalmente a coerção, assim anota Rothbard:

O governo, em qualquer sociedade, é o único sistema lícito de coerção. Taxação é uma troca coerciva, e quanto mais pesada a carga de impostos na produção, maior a probabilidade de o crescimento econômico vacilar e declinar. Outras formas de coerção governamental (e.g., controle de preços ou restrições que evitam que novos competidores entrem no mercado) dificultam e mutilam as trocas de mercado, enquanto outras (proibições de práticas fraudulentas, respeito aos contratos) podem facilitar as trocas voluntárias. (ROTHBARD, 2006)

Assim, segundo o autor, caberia ao Estado a única forma lícita de coerção do particular, que seria justamente a imposição de altos tributos que, mesmo que não haja promessa de nenhuma melhora na vida dos cidadãos, deve ser pago ao Estado, sob pena de perda do direito de propriedade daqueles que se escusam de pagar o que lhes for cobrado, já que o Estado tem prerrogativa legal para tanto.

#### 4.2 COMO AS NORMAS JURÍDICAS INFLUENCIAM NA ECONOMIA DE MERCADO

Por se basear primordialmente na certeza de que o cenário irá se manter o mesmo, de forma que o consumo se mantenha contínuo e as condições de vida das pessoas não se alterem, o mercado exige certa estabilidade para prosperar.

Uma das formas de manter-se esta certeza para que os investidores se sintam seguros em seus negócios, seria justamente um sistema jurídico uniforme, acompanhado por um panorama político estável. Assim diz Antonio Baldassaré, citado por Eros Grau (2010):

Daí, na dicção de Antonio Baldassarre, porque a exigência de um sistema de normas jurídicas uniformes e de um sistema de decisões políticas integrado em relação a determinado território é essencial para o funcionamento e o desenvolvimento dos mercados, ou, de modo mais geral, da sociedade civil, isto é, da coletividade que participa da distribuição dos bens e das oportunidade que nascem dos mercados. (2010, p. 29 e 30)

Continua ainda GRAU (2010), a respeito da estabilidade necessária para o desenvolvimento de um mercado mais amplo, baseado na estruturação de um ordenamento jurídico interno capaz de suportar as demandas que dali surgirem:

A totalidade estrutural que constitui a ordem pública apresenta como caracteres particulares a constância e a estabilidade, sem as quais seria impossível esse cálculo. Essa possibilidade corresponde a uma exigência inafastável do mercado. Nesse quadro, a ordem pública, para além da racionalidade da generalidade da lei, garante a execução dos contratos, pois saber com certo grau de certeza que os contratos serão respeitados, isso é indispensável ao sucesso empresarial (2010, p.31)

A generalidade e abstração da lei, além de garantirem um ambiente econômico legalmente coeso, serão a garantia dos agentes contra a arbitrariedade estatal, sendo este um dos vetores indispensáveis ao cálculo e segurança inerentes à produção capitalista, estes que também exigem a previsibilidade de comportamento dos agentes econômicos, adverte MATIAS-PEREIRA (2006).

Portanto, cada agente econômico necessita de garantias contra a coerção do Estado, no chamado liberalismo político, e contra os outros agentes econômicos que atuam em conjunto no mercado, que seria justamente o liberalismo econômico.

Neste mesmo raciocínio, é perceptível que o protecionismo, mais proeminente na década de 1980 e 1990, mas que ainda hoje permeia o ordenamento jurídico brasileiro, isola as empresas nacionais da concorrência estrangeira.

Esta pode ser uma das explicações sobre a defesa da concorrência não ter recebido uma maior atenção do governo e dos diversos agentes econômicos que atuam no mercado. Os poucos antecedentes sobre a aplicação da legislação concorrencial e a falta de precedentes

jurisprudenciais e doutrinários a este respeito é notório no Brasil (CONSIDERA & CORRÊA, 2002).

Uma perfeita compreensão dessa obviedade é fundamental, na medida em que informa o completo entendimento de que as práticas econômicas que foram consideradas incompatíveis com o princípio maior da valorização do trabalho humano, com a livre concorrência e a livre iniciativa, ou mesmo que conflite que a existência digna destes, conforme os ditames da justiça social, estará em conflito à ordem estabelecida pela constituição. Será, pois, nas palavras do professor Grau, inconstitucionalmente inconstitucional (GRAU, 2010, p. 197)

Para os economistas que advogam pelo liberalismo, os meios apropriados para a livre discussão e a cooperação voluntária, indicam que qualquer forma de coerção seria inapropriada, principalmente aquela exercida pelo Estado. O ideal seria a unanimidade entre os indivíduos responsáveis, alcançada com base na livre e completa discussão (Friedman, p. 27)

Escreve Friedman (1982) que o uso do mercado é capaz de reduzir a tensão na malha social ao demonstrar a desnecessidade da conformação com respeito a qualquer atividade que venha a englobar.

#### 4.3 O SUCESSO DO LIVRE COMÉRCIO UNILATERAL

No século XIX na Inglaterra, o governo revogou as “Corn Laws” (Lei dos Grãos, tradução nossa), que seriam tarifas de importação para equiparar os preços dos grãos britânicos em contrapartida aos concorrentes estrangeiros. Logo a seguir, foram abolidas também as tarifas comerciais sem negociar para que os outros países fizessem o mesmo com suas taxas de importação.

Estando os alimentos com preços mais baixos, os trabalhadores britânicos médios não tiveram que trabalhar apenas para se alimentar, ficando com mais dinheiro para comprar outros bens. Desta forma, o padrão de vida do cidadão começou a melhorar e a oferta de empregos consequentemente aumentou.

Atualmente, países entre os quais estão a Suíça, Hong Kong e Singapura adotam tarifa zero de importação. Com efeito, uma economia dinâmica sempre gera mais receita para o governo.

A maioria dos governos ocidentais já alcançou o limite suportável de tributação e alguns já ultrapassaram a tributação razoável, como ocorre no Brasil, porém, os custos com bem-estar social e previdência continuam a crescer.

O problema encontrado atualmente é que os governantes não querem cortar gastos com benefícios sociais ou com funcionalismo público, visto que seria eleitoralmente contraproducente. Uma reforma previdenciária abrangente também se mostra politicamente inviável. Em cima de tudo, não há mais espaço para elevação dos impostos, já que o aumento dos tributos iria desacelerar ainda mais a economia e diminuir ainda mais a arrecadação.

Entretanto, a solução para tal controvérsia seria justamente o estabelecimento do livre comércio em conjunto com a desregulação econômica.

Patrick Minford, economista britânico, publicou um artigo sobre o assunto, intitulado “Trading on the Future” (Comércio no futuro, tradução nossa), no qual são demonstrados os principais benefícios fiscais que o governo do Reino Unido poderia obter caso adotasse o livre comércio pleno após o BREXIT, gerando um aumento de até 7,3% nas receitas fiscais.

As pessoas que acreditam que a tributação é boa para o engrandecimento da nação são incapazes de fazer uma razoável dedução econômica, diz North (2013). Continua o autor que tal argumento foi usado pelos mercantilistas desde o final do século XVII. A Riqueza das Nações de Adam Smith estaria refutando o posicionamento dos mercantilistas.

Ademais, aqueles que não conseguem entender os processos econômicos e que se denominam de patriotas são os primeiros a defender a aplicação de tributos. Assim, a combinação entre um patriotismo ignorante e uma análise econômica ignorante (NORTH, 2013) produzem a crença de que o protecionismo é bom para o país.

#### 4.4 COMO O PROTECIONISMO AFETA A ECONOMIA

Tarifas de importação são um tipo de imposto aplicado aos produtos estrangeiros que chegam ao país, o que aumenta seu preço final. Com as indústrias estrangeiras tendo que arcar com um tributo a mais, os produtores nacionais podem cobrar mais caro por seus produtos sem que isso reflita uma melhora em sua qualidade.

Com produtos nacionais mais caros e com qualidade mais baixa, os consumidores ficam impedidos de consumir mais e investir, conseqüentemente diminuindo a qualidade de vida do país. A restrição às importações cria uma reserva de mercado que diminui artificialmente a capacidade de consumo da população.

Em contrapartida, o resultado disso é que os lucros e empregos diminuem. Os empregos de baixa produtividade nas indústrias protegidas são mantidos às custas dos empregos de maior produtividade em empresas que tiveram suas vendas reduzida devido à diminuição na capacidade de consumo das pessoas.

Além disso, impostos protecionistas também afetam empresas domésticas que precisam importar maquinários modernos e insumos para sua produção. Se essas tarifas os obrigam a pagar mais pela matéria prima ou a comprar insumos mais caros e de pior qualidade, o preço tende a subir e a qualidade tende a diminuir.

Com menor produtividade e custos mais elevados, a capacidade de investimento futuro e de contratação de mão de obra pelas indústrias é afetado no mesmo nível. Nesta cadeira de desarranjos, a economia em geral passa a ser cada vez mais ineficiente, o que afeta a própria arrecadação do governo.

Com base no que foi exposto nos tópicos anteriores, fica claro que o protecionismo não beneficia a indústria nacional em geral, muito menos as pequenas empresas e os novos empreendedores.

Outrossim, o estudo do liberalismo econômico pressupõe a breve leitura da chama “Carta dos Fabricantes de Vela” que demonstra que apenas o interesse de uma parcela dos empresários será beneficiada com a eliminação de uma concorrência justa. No presente caso, havendo a eliminação dos concorrentes estrangeiros, as empresas nacionais se beneficiariam por serem as únicas que poderiam fornecer certo tipo de produto aos consumidores, formando verdadeiro monopólio nacional.

Em meados da década de 1800, o governo francês passou a exigir tarifas de importação para diversos produtos, desde agulhas até locomotivas. Sua intenção seria a de proteger as indústrias francesas dos concorrentes estrangeiros mais eficientes, que eram capazes de vender seus produtos mais baratos e com a mesma qualidade dos produtos franceses

O economista francês Frédéric Bastiat, então, publica uma proposta ao governo francês em forma de sátira, intitulada “Petição dos Fabricantes de Vela”.

Petição dos fabricantes de velas, candeias, lâmpadas, candelabros, lanternas, cortapavios, apagadores de velas, e dos produtores de sebo, óleo, resina, álcool, e em geral de tudo relativo à iluminação.

Aos membros da Câmara dos Deputados.

Cavalheiros:

Sua principal responsabilidade é para com os interesses do produtor. Os senhores desejam protegê-lo da competição estrangeira e reservar o mercado doméstico para os produtores nacionais.

Estamos sofrendo a intolerável concorrência de um rival estrangeiro, o qual possui uma vantagem competitiva tão incrivelmente superior no que diz respeito à produção de luz, que ele consegue inundar nosso mercado doméstico com esse produto a um preço impressionantemente baixo.

No momento em que ele fornece seu produto, nossos consumidores nos abandonam e correm para esse nosso rival, e assim uma importante indústria nacional com inúmeras ramificações é deixada completamente estagnada.

Este rival, que vem a ser ninguém menos que o sol, faz-nos uma concorrência tão impiedosa, que suspeitamos ser incitado pela pérfida Inglaterra (boa diplomacia nos

tempos que correm!), visto que o mesmo tem por aquela esnobe ilha uma condescendência que se dispensa de ter para conosco. (BASTIAT, 1845)

Apesar do conteúdo humorístico, Bastiat tinha por objetivo mostrar ao Parlamento que o protecionismo e mercantilismo não podem transformar um país em uma potência econômica, mas também encarecem a produção, o que acarreta o aumento de preços e dificulta o acesso dos consumidores a bens e serviços.

#### 4.5 LIÇÕES ECONÔMICAS INERENTES AO PROTECIONISMO

A força ideológica mais poderosa na defesa do protecionismo é o temor de que havendo livre comércio e, por conseguinte, havendo um maior consumo de bens importados, os empregos irão diminuir na economia doméstica.

O temor dos cidadãos se baseia em um entendimento completamente errado por entender que o livre comércio iria acabar com a escassez que ajuda a fomentar o mercado e a manter o controle de preços, transformando o país em um ambiente de superabundância.

Por isso mesmo é que o protecionismo é uma política baseada no desastroso medo de que um dos maiores problemas enfrentados pela economia não é a escassez, mas a abundância em demasia. Diz Perry (2017) que o protecionismo é a política implantada para criar escassez e para impedir a abundância e essa política é destruidora do padrão de vida humano.

No momento em que o governo impõe uma tributação aos produtos importados, o consumidor é quem mais perde. O encarecimento artificial dos produtos importados significa que os produtores nacionais podem elevar seus preços, conseqüentemente elevando também a arrecadação do Estado, e reduzir a qualidade dos produtos, ficando os consumidores reféns deste mercado ineficiente.

O intuito do governo com o protecionismo é proteger as empresas nacionais e blindá-las contra os desejos dos consumidores – principalmente os mais pobres, que ficam sem poder aquisitivo para comprar produtos bons e baratos.

Outro resultado devastador será que a população será obrigada a comprar produtos nacionais mais caros, o que produz uma redução artificial da capacidade de consumo e investimento em outros setores da economia como lazer, alimentação, educação e qualificação profissional, o que reduz o emprego nessas outras áreas.

Por isso, Frédéric Bastiat ensinava a sempre tratar todas as questões econômicas do ponto de vista do consumidor, “pois os interesses dos consumidores são os interesses da raça humana”.

A história do capitalismo de livre mercado se confunde com a da competição de preços. O capitalismo de livre mercado seria o arranjo econômico em que não há qualquer tipo de subsídios governamentais na economia, sem protecionismo que obstrua as importações e não há barreiras governamentais à entrada de concorrentes em qualquer que seja o setor do mercado. Não há restrições para quem quer empreender e não há altos tributos que impedem que novas empresas surjam e se expandam.

Com essa facilitação permitida apenas através do livre mercado, é possível uma maior concorrência que irá proporcionar uma diminuição nos preços e o investimento em produtos de melhor qualidade. Isso se torna um bom negócio para os consumidores que queriam adquirir um produto, mas não conseguiam pagar um preço tão elevado e agora poderão adquiri-lo, bem como para aqueles que já pagavam caro agora poderão pagar menos e com o dinheiro restante poderão investir em outros setores.

## **5 O DIREITO À LIVRE CONCORRÊNCIA COMO ELENCADO PELO ART. 170, CRFB/88**

O art. 146-A da CRFB/1988 representa uma ameaça aos direitos elencados pelo art. 170, CRFB/1988, gerando um verdadeiro confronto principiológico que precisa ser resolvido com base na técnica de ponderação dos princípios constitucionais, visto que há um conflito normativo entre a aplicação de tributação especial e a liberdade de concorrência, a livre iniciativa privada e a valorização do trabalho humano.

De logo, pode-se elencar a intervenção estatal nas empreitadas particulares como sendo um dos maiores empecilhos ao desenvolvimento da indústria e do comércio no momento em que impede que novas empresas, que poderiam fornecer produtos semelhantes ou melhores do que aqueles encontrados no mercado por um preço abaixo dos praticados no mercado, estimulando uma concorrência mais saudável.

O presente capítulo busca justificar como a intervenção estatal pode ser maléfica para a concorrência ao invés de equilibrá-la frente aos agentes econômicos que tentam, por meios escusos, promover monopólios e se beneficiar ao controlar um dos setores da economia.

### **5.1 LIMITES À APLICAÇÃO DO ART. 146-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Ao tratar-se sobre norma tributária indutora ou diretiva, ou seja, aquela de caráter extrafiscal, como é o caso do art. 146-A aqui estudado, sua aplicação encontra-se substancialmente limitada pelo dever de proporcionalidade, de modo que, invariavelmente, a instituição de critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios concorrenciais poderá acarretar a restrição da liberdade dos indivíduos em face dos fins almejados pelo governo.

Assim, haverá uma colisão de princípios, em específico da livre iniciativa e da livre concorrência com o art. 146-A, que determina a criação de tributos especiais para dirimir possíveis desequilíbrios de concorrência, o que no caso concreto apenas aprofunda ainda mais o problema.

Desta feita, necessário se faz a ponderação desses princípios contraditórios, de forma que os critérios especiais de tributação, enquanto meios utilizados para prevenir desequilíbrios da concorrência e promover um estado de equilíbrio concorrencial deve ser rigorosamente submetida ao exame de proporcionalidade, de forma que se mostrem adequados.

Portanto, os critérios especiais de tributação escolhidos devem promover o pretendido equilíbrio concorrencial. Além disso, esses critérios devem se mostrar necessários. Os critérios especiais escolhidos devem ser os menos restritivos em relação aos direitos e às liberdades atingidos.

Devem também ser proporcionais em sentido estrito: a restrição aos direitos e liberdades individuais deve se justificar em razão do equilíbrio concorrencial a ser buscado. Em havendo instituição de critérios especiais de tributação, cabe verificar em que medida haverá diferenciação entre os contribuintes, como estes serão discriminados, e qual a pertinência do critério utilizado, assim como se este foi empregado justificadamente ou injustificadamente (ÁVILA, 2012).

Quanto à discriminação ser ou não justificada, elucida Coster (2014), somente se sustenta uma diferenciação se for concretamente perceptível a finalidade de que se garanta que um setor ou segmento da economia, permaneça em equilíbrio concorrencial, não sendo possível o estabelecimento de critérios especiais de tributação pura e simplesmente em razão do exercício de determinada atividade econômica.

Já em relação ao critério de *discrímen*, continua Coster (2014), este deve ser condizente com a finalidade pretendida, ou seja, deve ser compatível com promoção do equilíbrio concorrencial, devendo ter relação em especial à evasão fiscal.

Por isso não se sustenta a aplicação do art. 146-A da Constituição Federal para casos de concentração empresarial, não distribuição de lucros, organização empresarial a partir de grupos econômicos, monopólios decorrentes da própria natureza do segmento de mercado explorado, entre outros arranjos que, apesar de causarem desequilíbrios da concorrência, não se revelem fenômenos de concentração concorrencial provocados por condutas desleais e que tenham como instrumento a utilização distorcida de regras tributárias.

Há de se ponderar, no entanto, que os critérios especiais de tributação a serem aplicados ao caso concreto não podem, eles mesmos, acarretar em desequilíbrios concorrenciais, já que fugiriam à sua função precípua de equilibrar o mercado de forma artificial

Com o pretexto de promoverem o princípio da livre concorrência, não podem importar na excessiva restrição de outros princípios, em verdadeira proibição de excesso, em palavras de Ávila (2012). Consequentemente, não podem tolher o exercício, em especial, da livre iniciativa e da liberdade de exercício de profissão.

Destarte, cabe ressaltar a necessária harmonização na norma veiculada através do art. 146-A, CRFB/1988, quando este delega competência para instituir critérios especiais de tributação capazes de prevenir ou dirimir desequilíbrios concorrenciais com os tantos outros

princípios constitucionais, em especial os contidos no Sistema Tributário Nacional e da Ordem Econômica.

Ao instituir-se obrigações diferentes para os diferentes tipos de contribuintes, não se pode violar a legalidade, a anterioridade, irretroatividade, igualdade tributária, não cumulatividade, não confisco, a liberdade de exercício da profissão, a propriedade privada e demais princípios elencados no art. 170, CRFB/1988

## 5.2 LIVRE CONCORRÊNCIA E INTERVENÇÃO ESTATAL

Pode-se definir a Ordem Econômica da seguinte forma:

A Ordem econômica deve ser entendida como um conjunto de princípios estabelecidos pela Constituição Federal do Brasil em seu título VII (artigos 170 a 192), e que tem por objetivos fixar os parâmetros da atividade econômica, coordenando a atuação dos diversos sujeitos que põe em prática aquela mesma atividade. A predominância de uma economia social de mercado, que valoriza o capitalismo democrático, enfatiza o direito de propriedade individual, e sua consequência inarredável: o princípio da liberdade de iniciativa, como fatores indispensáveis para o progresso e o impulso da atividade econômica. Defendem-se, porém, ao mesmo tempo, os princípios da função social da propriedade, da livre concorrência, de respeito aos direitos dos consumidores e dos trabalhadores. Propugna-se pela presença regulamentadora do Estado, predominantemente, mas também por uma presença atuante nos casos em que a lei específica como necessários (Ministério da Fazenda, 2004).

Neste sentido, quando a Constituição trata da Ordem Econômica, consigna em seus ensinamentos ser esta fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, atribuindo-lhe, assim, a finalidade de garantia de uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social, elencando diversos princípios que devem ser observados quando da aplicação dos ditames ali contidos (art. 170, CFRB/1988).

Finalmente, no que concerne ao art. 170, *caput*, nele a expressão *atividade econômica* conota o gênero, e não a espécie. O que afirma o preceito é que toda a *atividade econômica*, inclusive a desenvolvida pelo Estado, no campo dos serviços públicos, deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim dela, *atividade econômica*, repita-se) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, etc.(GRAU, 2010, p. 107)

Como menciona Grau (2010), é de maior importância que o próprio Estado, enquanto promotor de atividade econômica, deve se pautar na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa quando na prestação dos serviços públicos mais essenciais, ou seja, aqueles inerentes ao Estado, como segurança pública e segurança externa.

Esses princípios determinam estados ideais de coisas que o Estado deve garantir quando se trata das questões econômicas e referentes ao mercado, demandando a adoção de

condutas eficazes e necessárias à sua promoção, isto é, consignando os comportamentos que devem ser adotados pelo Estado, de forma que este assegure de forma adequada um âmbito econômico equilibrado e saudável.

Esquece-se, porém, que esta função não cabe ao Estado, que deve deixar o particular livre para articular suas necessidades e exercer sua profissão como bem entenda, assim como não há um real equilíbrio ao qual o mercado possa alcançar, dada sua natureza de constantes mutações e instabilidade.

É neste contexto que são perceptíveis os diversos princípios elencados pela Constituição como sendo diretrizes a serem seguidas quando do trato da Ordem Econômica, em especial, dispondo expressamente ser a livre concorrência um dos estados ideais de coisas a serem promovidos (art. 170, IV, CRFB/1988).

Esse estado considerado como ideal para o ordenamento constitucional, como afirma o professor Eros Grau, apresenta mais de uma faceta a ser considerada, sendo tanto liberdade de comércio e indústria, quando a liberdade de concorrência propriamente dita.

Quanto à liberdade de contrato, continua GRAU(2010):

Bosquejado o direito positivo nacional, encontraremos inúmeros casos de contratação coativa alinhados em expressas disposições legais ou delas decorrentes. Aí, além das hipóteses de empréstimo compulsório, de contratos de seguro, entre outras, as de que tratam os incisos XIII, XIV, XVI e XXII do art. 21 da Lei n. 8.884, de 11.6.94. Anote-se ainda o dever, dos bancos comerciais, de aplicar parte de seus recursos disponíveis na concessão de crédito rural e de crédito às pequena e média empresas. Em todos esses casos estamos diante de hipóteses de contratação coativa, consubstanciando, a sua imposição, a atuação de técnicas de intervenção *sobre* o domínio econômico.

[...]

No que tange aos contratos coativos, devo ainda lembrar que parte da doutrina reluta em admitir a possibilidade de sua existência, negando-se a aceitar a substituição da vontade própria dos contratantes — ninguém pode estar submisso a outras leis senão àquelas que se impõe a si próprio (Kant) — pela vontade *imposta a uma das partes* pela lei. Mas se a lei, guardando compatibilidade com a ordem constitucional, impõe a uma das partes o dever de contratar, vontade a ela imposta pela lei haverá, no âmbito do direito — deste determinado direito — que albergar essa lei.

[...]

Além disso, a técnica dos contratos coativos não importa ja-mais a substituição da *vontade das partes* pela *vontade imposta pela lei*. O que neles há é tão-somente a substituição da *vontade de uma das partes* pela *vontade da lei*. Não se pode descrever os contratos coativos, nestas condições, como inteiramente supressivos das vontades próprias *dos contratantes*. (2010, p. 97/98)

A liberdade de comércio e indústria, mais especificamente, implica a possibilidade de criação e adoção de uma atividade econômica pelos particulares, não se sujeitando a quaisquer tipos de restrições que não sejam decorrentes de lei.

Já a liberdade de concorrência *stricto sensu* é aquela que permite que os particulares possam empreender livremente, de forma a conquistar os consumidores com a qualidade dos

seus produtos e o preço pelos quais estes são oferecidos, proibindo práticas que restrinjam a concorrência e o dever de neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial.

Afirma Coster (2014), que a atividade econômica, da forma como regula a Constituição, pressupõe a implantação da economia de mercado, permitindo grande parcela de liberdade aos agentes econômicos, principalmente ao se basear na livre iniciativa e se nortear pelos princípios da propriedade privada e livre concorrência, além de assegurar o livre exercício de qualquer tipo de atividade econômica.

Cumpram também destacar que a livre iniciativa, além de fundamento da Ordem Econômica, constitui fundamento determinante da própria República Federativa do Brasil, como dita o art. 1º, IV, CRFB/1988. Dentre os outros objetivos republicanos está a construção de uma sociedade livre, conforme se extrai do art. 3, inciso I, da Constituição Federal/1988.

Desta forma, o princípio da livre concorrência, quando estabelece um estado ideal de garantia do funcionamento do mercado, tenta proteger os interesses do mercado enquanto mecanismo complexo e dinâmico, facilmente mutável, pois este irá refletir o interesse da sociedade, e não apenas proteger os interesses individuais dos agentes.

Monopólio é uma das imperfeições do mercado, na qual o Estado interfere nas trocas voluntárias quando estas são excessivamente caras ou praticamente impossíveis para que o particular as exerça (FRIEDMAN, p. 31,1982). Pode-se definir o que seria monopólio da seguinte forma:

Uma transação é verdadeiramente voluntária apenas quando equivalente próximos existem. Monopólio implica a ausência de alternativas assim inibindo uma efetiva liberdade de troca

Cumpram ressaltar neste momento que a atuação do Estado em relação aos processos econômicos e à atividade econômica, incluindo-se aí a dinâmica da livre concorrência, não se dá de forma neutra, na medida em que entre suas funções está a de intervenção no domínio econômico, mais especificamente nas chamadas intervenção por direção ou intervenção por indução (GRAU, 2010, p. 91).

A exposição ora produzida é expressiva da relevância que assume a dinamização, pelo Estado, das técnicas — no caso *por direção* — de atuação interventiva *sobre* o domínio econômico, evidenciando por um lado a amplitude dos temas albergados pelo Direito Econômico e, por outro, a assertiva de que não há institutos jurídicos cuja análise seja monopólio dos cultores de um determinado ramo do direito: os contratos, enquanto realidade jurídica, não são objeto de um privilégio de consideração pelos civilistas; para que os possamos compreender, impõe-se a sua detida consideração também desde a visão do Direito Econômico. (2010, p. 99)

Essas funções de intervenção sobre o domínio econômico visam regular a atividade econômica, havendo a instituição de mecanismos e normas de comportamento a serem observados pelos agentes, na chamada intervenção por direção do Estado.

Na intervenção por indução, o Estado manipula instrumentos de intervenção, que não deverão ser compulsoriamente adotados pelos agentes, já que seu volume de cogência é menor, de modo que estimule os agentes econômicos a adotarem opções que beneficiem a todo o mercado, e não apenas a si mesmos.

A Constituição, de forma textual, através do seu art. 174, expressamente reconhece e confere ao Estado o poder normativo e regulador da atividade econômica, podendo exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. No art. 173, §4º, há a expressa determinação, ainda, da repressão do abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência.

No que tange ao art. 174, no entanto, a expressão *atividade econômica* é utilizada noutro sentido. Alude, o preceito, a *atividade econômica em sentido amplo*. Respeita à globalidade da atuação estatal como agente normativo e regulador.

[...]

A atuação reguladora há de, impõe a Constituição, compreender o exercício das funções de incentivo e planejamento. Mas não apenas isso: atuação reguladora reclama também fiscalização e, no desempenho de sua ação normativa, cumpre também ao Estado considerar que o texto constitucional assinala, como funções que lhe atribui, as de incentivo e planejamento.<sup>30</sup> Este, por outro lado, não abrange apenas a *atividade econômica em sentido estrito*, porém toda a *atividade econômica em sentido amplo*. Tanto é assim que o preceito determina ser ele — o planejamento — "determinante para o setor público e indicativo para o setor privado"(GRAU, 2010, p. 97)

Nisto há um contrassenso na medida em que o Estado deve reprimir a dominação do mercado, porém, ele mesmo, quando autorizado pela lei de sua própria criação, poderá realizar monopólio, como é o caso dos Correios. Destarte, é da seguinte forma que o Mises (2006) assinala o assunto:

Monopólio técnico pode, ocasionalmente, justificar um monopólio público de fato. Não pode por si mesmo justificar um monopólio público obtido por tornar ilegal que qualquer outra pessoa possa competir. Por exemplo, não há como justificar nosso presente monopólio dos correios. Pode ser arguido que carregar as correspondências é um monopólio técnico e que um monopólio governamental é o menor dos males. Dentro dessas linhas, alguém poderia justificar um correio governamental, mas não na presente lei, que torna ilegal para qualquer outra pessoa transportar correspondências. Se a entrega de correspondências é um monopólio técnico, ninguém poderia ter sucesso na competição com o governo. Se não, não há motivo para que o governo deveria estar envolvido com isso. A única forma de descobrir é deixando que outras pessoas estejam livres para entrar. (VON MISES, 2006, p. 32, tradução nossa)

Neste sentido, entre as tantas atribuições conferidas ao Estado, lhe cabe fiscalizar o mercado, incentivar a concorrência e, quando necessário, combater eventuais desvios que importem em desequilíbrios concorrenciais.

Essas funções estatais ganham especial relevância quando é verificado que o ambiente do livre mercado está vulnerável às chamadas falhas estruturais, que importam na concentração de poder econômico, como é o caso do monopólio, oligopólio, e as falhas de conduta, que seriam os comportamentos ou condutas desleais como carteis, prática de preços predatórios e concorrência parasitária, dentre diversos outros.

Conforme indica Brazuna, a livre concorrência não se confunde com a concorrência perfeita, mas é um estado de equilíbrio em que se deve garantir aos agentes econômicos a liberdade de ação e de oportunidades no mercado.

Continua o autor afirmando que a concorrência é uma questão de grau, conforme ensina Humber Ávila, no sentido de que os fins estabelecidos pelos princípios constitucionais são gradualmente promovidos pelos meios ou condutas necessárias à sua promoção. Portanto, é possível afirmar que o estado de equilíbrios estabelecido pela livre concorrência é gradativamente alcançado quando são vencidas as falhas estruturais ou de conduta, cabendo ao Estado a função de fiscalização, incentivo e planejamento para promover este equilíbrio (COSTER, 2014).

### 5.3 LIVRE CONCORRÊNCIA E INTERVENCIONISMO

A noção de mercado como atividade – conjunto de operações econômicas e modelo de trocas; conjunto de contratos, convenções e transações relativas a bens ou operações realizadas no lugar/mercado – supõe *livre competição*.

Diz Mises (2006) que caberia ao governo fazer tudo aqui pelo qual este é requerido e por aquilo pelo qual a sociedade decidiu estabelecê-lo, que seriam as funções básicas de proteção do país contra crimes violentos e contra inimigos externos.

Cita ainda o professor Von Mises (2006) que na economia de mercado a principal função do Estado é a proteção do bom funcionamento da economia de mercado contra fraudes e violência dentro e fora do país. Desta forma, o intervencionismo seria, para Mises:

Intervencionismo significa que o governo não restringe suas atividades para a preservação da ordem, ou - como as pessoas diziam centenas de anos atrás - para “a produção da segurança”. Intervencionismo significa que o governo quer mais. Quer interferir no fenômeno do mercado.  
(...)

Intervencionismo significa que o governo não só falhou em proteger o bom funcionamento da economia de mercado, mas que este interfere com os vários fenômenos mercadológicos; ele interfere com preços, com os salários, com proporções de interesse e lucros. (VON MISES, p.39 e 40, 2006, tradução nossa).

Assinala ainda o autor sobre o papel do governo:

Espera-se que o governo proteja os cidadãos (...) contra ataques domésticos e externos, sendo este de fato uma expectativa normal e necessária de qualquer governo. Esta proteção não é intervencionismo, já que a única legítima função é justamente a produção a segurança. (VON MISES, p. 40, 2006, tradução nossa)

Neste sentido, o intervencionismo enquanto política estatal terá o condão de restringir a supremacia dos consumidores (VON MISES, 2006). Com esta atitude, o governo irá avocar para si o poder, que numa economia de livre mercado, deveria estar nas mãos dos consumidores, decidindo por eles mesmos o que seria bom ou não para suas vidas.

Aduz Friedman (1982, p. 28), ainda, que para o liberal, os meios apropriados de obtenção dos fins desejados por uma sociedade devem ser baseados em livre discussão e cooperação voluntária, o que implica que qualquer forma de coerção é inapropriada. O dial é a unanimidade entre os indivíduos responsáveis, alcançada com base na livre e completa discussão.

É desta forma que Friedman (1982) reforça a ideia de que o Estado não pode simplesmente impor regras sem que haja consenso daqueles que serão afetados por aquela nova norma, de forma a sociedade precisa consentir com aquele novo regramento trazido pelo Estado.

Assim como um bom jogo requer aceitação dos jogadores de ambas as regras e do árbitro para interpretar e impô-las, uma boa sociedade também requer que seus membros concordem com as condições gerais que irão governar as relações entre eles (...). Tanto nos jogos quanto na sociedade, nenhum tipo de regra consegue prevalecer a menos que a maioria dos participantes se sujeitem na maioria das vezes à estas sem sanções externas; a menos que haja um amplo consenso subjacente. Mas nós não podemos depender dos costumes ou simplesmente neste consenso para interpretar e impor as regras; nós precisamos de um árbitro. Essas então são os papéis básicos do governo numa sociedade livre: prover os meios pelos quais nós possamos modificar as regras, mediar as diferenças entre nós a respeito da interpretação das regras, e impor conformidade com as regras por parte daqueles poucos que, de outra forma, não participariam do jogo. (FRIEDMAN, 1982, p. 29, tradução nossa)

Desta feita, sem que haja consentimento da população a respeito da lei que foi imposta, esta não será espontaneamente cumprida, importando em penalidades promovidas pelo próprio Estado para que este reforce sua coercibilidade. Portanto, é possível entender que uma lei imposta não tem qualquer efeito, já que o que a fará funcionar serão as punições a ela associadas e não a lei em si.

Da mesma forma pode-se comentar a aplicabilidade do art. 146-A, CRFB/1988, que só terá efetividade caso seja aceito pela sociedade enquanto norma impositiva do Estado quando houver um consenso geral entre todos aqueles afetados pelas disposições do referido artigo.

Caso o Estado imponha o cumprimento da referida norma, sem que a sociedade concorde com a aplicação desta, não estará agindo de acordo com os preceitos da liberdade. Em havendo liberdade de escolha e um consenso entre os indivíduos responsáveis (FRIEDMAN, 1982), o Estado estará legitimado a impor os regramentos pelos quais a sociedade concordou, posto que os cidadãos irão escolher aquilo que mais lhes beneficiar.

Em vista disso, cumpre destacar a função do Estado enquanto provedor de segurança e fiscalizador de contratos, tendo este a responsabilidade de fazer com que aquele que descumprir com as disposições contratuais seja punido. Assim assinala o professor Eros Roberto Grau (2010):

A ação estatal sobre os contratos é de importância capital, dada a sua configuração como instituto fundamental na economia de mercado. Isso porque a conformação das relações contratuais importa a conformação do exercício da própria atividade econômica. Daí a sua transformação — dos contratos que se praticam na economia de mercado administrado, ordenado ou organizado — em instrumentos dinâmicos voltados ao alcance não apenas dos fins almejados pelas partes mas também, na medida em que conformados pelo Estado, dos fins últimos da ordem econômica. Alguns autores, por isso mesmo, findam por apontar nos contratos verdadeiros instrumentos de política econômica,<sup>4</sup> enfatizando René Savatiers que estão eles hoje transformados menos em uma livre construção da vontade humana do que em uma contribuição das atividades humanas à arquitetura geral da economia de um país, arquitetura esta que o Estado de nossos dias passa, ele mesmo, a definir. Os contratos, então, se transformam em condutos da ordenação dos mercados, impactados por normas jurídicas que não se contêm nos limites do Direito Civil: preceitos que instrumentam a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, na busca de soluções de desenvolvimento e justiça social, passam a ser sobre eles apostos. (2010, p. 93/94)

É neste contexto que Friedman entende que o papel do governo seria apenas de fazer algo que o mercado não pode fazer por si mesmo, como determinar, arbitrar e reforçar as regras do jogo, ou seja, fazer com que os contratos tenham força obrigatória. Caberia, então, ao Estado reforçar o contrato entre os particulares e promover penalidades para aqueles que se recusam a cumprir as cláusulas acordadas, sendo as ações judiciais uma dessas formas de coerção estatal do particular que se recusa a cumprir suas obrigações.

Afirma Schoueri que “(...) a ordem econômica não existe para assegurar a livre iniciativa ou a livre concorrência. Sua razão de ser é assegurar a todos uma existência digna; livre iniciativa e livre concorrência são apenas meios para se atingir esse fim.” (PILAGALLO, 2010, p. 31).

Portanto, no momento em que o art. 146-A é usado como meio de aumentar ainda mais a tributação já desproporcional aplicada às empresas no país, está sendo mitigado o direito a uma existência digna, que permita a qualquer pessoa atingir seus objetivos pessoais, sem que o Estado interfira e aplique exações desmedidas.

#### 5.4 MONOPÓLIO ESTATAL

Segundo afirma Friedman (1982), a competição, quando normalmente considerada, é sinônimo de uma disputa pessoal; porém, no livre mercado, essa característica não é de forma alguma adotada.

Competição tem dois significados muito diferentes. Em um raciocínio comum, competição significa rivalidade pessoal, com um dos indivíduos procurando vencer seu adversário conhecido. Não há rivalidade pessoal no mercado competitivo.

[...]

A essência do mercado competitivo é seu caráter impessoal. Nenhum participante pode determinar os termos nos quais os outros participantes devem ter acesso a bens e trabalhos. Todos recebem os preços como são dados pelo mercado e nenhum indivíduo pode, por si mesmo, ter mais do que uma influência insignificante no preço, apesar de todos os participantes juntos determinarem o preço pelo efeito combinado de suas ações separadas. (1982, p. 102, tradução nossa)

Neste mesmo raciocínio, o autor elucida o fato de que, apesar de se ter a ideia de que competição seria um tipo de rivalidade pessoal, ao contrário do que se verifica no mercado, o monopólio seria justamente esta rivalidade pessoal, já que é a empresa ou indivíduo detentor do monopólio que determina quem serão as pessoas que terão acesso aos produtos e serviços por este disponibilizados, tornando pessoal a disputa por espaço no mercado.

Monopólio existe quando um indivíduo em específico ou empresa tem suficiente controle sobre um produto ou serviço em particular, que determina significativamente os termos nos quais outros indivíduos devem ter acesso a isto. De certo modo, monopólio se aproxima ao conceito comum de competição, já que envolve rivalidade pessoal. (FRIEDMAN, 1982, p. 102, tradução nossa)

Desta forma, o monopólio irá suscitar problemas a serem enfrentados por uma sociedade que se baseia no livre mercado. Da seguinte forma elenca Friedman (1982):

Monopólio provoca dois tipos de problemas em uma sociedade livre. Primeiro, a existência de monopólio significa uma limitação nas trocas voluntárias através da redução das alternativas disponíveis aos indivíduos. Segundo, a existência do monopólio aumenta o problema da “responsabilidade social”, como isso veio a ser chamado, do monopolista. O participante num mercado competitivo não tem nenhum poder apreciativo de alterar termos de troca; ele é dificilmente visível enquanto entidade separada; (...) O monopolista é visível e tem poder. É fácil argumentar que ele deveria descarregar seu poder não somente para aumentar seus próprios interesses, mas para promover fins socialmente desejados. (1982, p. 102, tradução nossa).

Ademais, pode-se elencar três tipos de monopólio: monopólio na indústria, monopólio no trabalho e monopólio governamental (FRIEDMAN, 1982, p. 103). Cabe, para os fins deste trabalho, destacar apenas o chamado monopólio estatal e monopólio na indústria. Torna-se

difícil citar satisfatoriamente uma medida objetiva da extensão do monopólio e da competição. Como resultado disto, não é possível uma simples determinação se uma empresa ou indústria em particular pode ser tida como monopolista ou como competitiva.

Analisando o cenário econômico norte-americano, podemos encontrar em Friedman a crítica ao monopólio estatal sobre diversas áreas econômicas, assim como encontramos no Brasil atualmente. Mesmo que as experiências americana e brasileira sejam deveras diferentes, e sem querer aplicar ao Brasil soluções encontradas para os problemas dos Estados Unidos devido à grande discrepância histórica de ambos países, necessária uma crítica sobre o modelo brasileiro de monopólio estatal.

Assim pode-se definir o monopólio estatal da seguinte forma:

Monopólio governamental direto na produção de bens à venda não é muito extensivo. [...] em adição, com tanta defesa, espaço e fundo para pesquisa quanto temos agora, o governo federal se tornou essencial o único comprador dos produtos de muitas empresas e indústrias. Isso causa sérios problemas pela preservação de uma livre sociedade, mas não de um tipo que é melhor considerado sob o título de “monopólio”. O uso do governo para estabelecer, apoiar e impor arranjos de cartel e monopólio entre produtores privados tem crescido muito mais rapidamente do que o monopólio governamental direto e é atualmente muito mais importante. (1982, p. 106, tradução nossa)

Um dos exemplos que podem ser citados a respeito dos monopólios estatais estão elencados principalmente nos arts. 21 e 177 da CRFB/1988, cabendo ainda citar o art. 25, §2º do mesmo diploma legal que estabelece o regime de monopólio da exploração do gás natural pelos Estados da Federação.

Art. 21. Compete à União:

- I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;
- II - declarar a guerra e celebrar a paz;
- III - assegurar a defesa nacional;
- IV - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;
- V - decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal;
- VI - autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico;
- VII - emitir moeda;
- VIII - administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada;
- IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;
- X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;
- XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;
- XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
  - a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

- b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
  - c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
  - d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
  - e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
  - f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;
- [...]

XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso;

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

- a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;
- b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais;
- c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas;
- d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho;

XXV - estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa.

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do **caput** do art. 21 desta Constituição Federal.

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação. (BRASIL. Constituição Federal, 1988)

Além disso, ainda pode-se invocar a Lei nº 6.538/1978, que "dispõe sobre os serviços postais" no Brasil. Esta lei não apenas assegura o monopólio dos serviços postais aos Correios (arts. 2º e 9º), como considera crime a "violação do privilégio postal da União" (art. 42).

Tais restrições são numerosas e se aplicam a uma considerável variedade de atividades tanto nos níveis municipais quanto estatais. Todos constituem limitações arbitrárias à habilidade dos indivíduos de entrar em trocas voluntárias. Eles simultaneamente restringem a liberdade e promovem o desperdício de recursos. (FRIEDMAN, 1982, p. 107, tradução nossa)

Quando o país dispõe de agências reguladoras cuja função é fazer inspeções sanitárias e garantir credenciamento de empresas alimentícias, há fiscalização das empresas de pequeno

e de grande porte, de forma que todas passem por uma inspeção capaz de determinar se elas cumprindo todas as normas impostas.

Essas normas, em geral, acarretam vários custos para todas as empresas. De início é fácil perceber que esse tipo de regulação é positiva para as grandes empresas, dado que as regulações representam um custo; as pequenas empresas terão mais dificuldade de arcar com as taxas e impostos do que as grandes empresas, que possuem muito mais recursos e quase sempre um setor jurídico capacitado para tomar as medidas que forem necessárias judicialmente. Logo, essas regulações afetam a capacidade das pequenas de concorrer com as grandes.

As empresas maiores, por terem maior poder financeiro, poderão perfeitamente fazer subornos e dar outros agradados aos fiscais, ganhando passe-livre nas fiscalizações e ainda assim serem credenciadas. As pequenas empresas, por outro lado, não terão essa mesma oportunidade, podendo até mesmo a ser fechadas caso sejam consideradas irregulares.

É dessa forma que as grandes empresas conseguem uma segunda vantagem: elas se livram da fiscalização, mas também podem manter as pequenas empresas estritamente fiscalizadas, visto que teriam mais obrigações a cumprir e mais impostos a pagar e sendo mais rigorosamente acompanhadas pelos fiscais.

O resultado disso será que as grandes empresas pagam para se livrar da fiscalização, as pequenas empresas são sufocadas pela fiscalização, criando-se um oligopólio das grandes empresas, enquanto a população paga os impostos que irão bancar todo o programa de fiscalização e os preços acabam sendo mais altos do que poderiam ser, visto que os impostos pagos pelas empresas, bem como os custos de corrupção da fiscalização vêm embutidos no preço final.

Quem realmente ganha são as empresas e os fiscais e quem irá perder são as pequenas empresas e os consumidores, podendo este ser exemplo se referir a qualquer área da economia e ser aplicado de diversas maneiras no caso real.

## 6. O “CASO CROCS” E A LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA

Em um breve apanhado do debate que até aqui está sendo tecido, é possível compreender que o direito à livre concorrência e à livre iniciativa são temas diretamente ligados ao desenvolvimento mercadológico das empresas domésticas e das multinacionais com sede no Brasil.

É nesta conjuntura que se pode observar o caso da empresa Crocs Brasil enquanto marco para análise do respeito aos fundamentos que embasam a República, princípios estes elencados no art. 170, e como tais preceitos são arbitrariamente contrariados pela Receita Federal no momento que exercem o poder de polícia que lhe é inerente.

Isto posto, é possível o estudo da resolução dada pelo Conselho de Recursos Fiscais – CARF ao impasse que gerou um alto de infração contra a empresa Crocs Brasil, acusada infundadamente de ter se esquivado de cumprir com suas obrigações fiscais com o fim de cometer evasão fiscal.

### 6.1 NOMENCLATURA COMUM DO MERCOSUL (NMC) E TARIFA EXTERNA COMUM (TEC)

Conforme preconiza o Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC) a Nomenclatura Comum do Mercosul faz parte do Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias, ou simplesmente Sistema Harmonizado (SH). O SH é um método internacional de classificação de mercadorias baseado em uma estrutura de códigos e respectivas descrições (Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, 2018)

Em visita ao site do MDIC é possível encontrar a seguinte definição para o Sistema Harmonizado:

Este Sistema foi criado para promover o desenvolvimento do comércio internacional, assim como aprimorar a coleta, a comparação e a análise das estatísticas, particularmente as do comércio exterior. Além disso, o SH facilita as negociações comerciais internacionais, a elaboração das tarifas de fretes e das estatísticas relativas aos diferentes meios de transporte de mercadorias e de outras informações utilizadas pelos diversos intervenientes no comércio internacional.

A composição dos códigos do SH, formado por seis dígitos, permite que sejam atendidas as especificidades dos produtos, tais como origem, matéria constitutiva e aplicação, em um ordenamento numérico lógico, crescente e de acordo com o nível de sofisticação das mercadorias.

O Sistema Harmonizado (SH) abrange:

- **Nomenclatura** – Compreende 21 seções, composta por 96 capítulos, além das Notas de Seção, de Capítulo e de Subposição. Os capítulos, por sua vez, são divididos em posições e subposições, atribuindo-se códigos numéricos a cada um dos desdobramentos citados. Enquanto o Capítulo 77 foi reservado para uma eventual utilização futura no SH, os Capítulos 98 e 99 foram reservados para usos especiais pelas Partes Contratantes. O Brasil, por exemplo, utiliza o Capítulo 99 para registrar operações especiais na exportação;

- **Regras Gerais para a Interpretação do Sistema Harmonizado** – Estabelecem as regras gerais de classificação das mercadorias na Nomenclatura;
- **Notas Explicativas do Sistema Harmonizado (NESH)** – Fornecem esclarecimentos e interpretam o Sistema Harmonizado, estabelecendo, detalhadamente, o alcance e conteúdo da Nomenclatura.<sup>6</sup> (Brasil. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, 2018, grifo do autor)

Já a Tarifa Externa Comum (TEC) foi adotada a partir do Tratado de Assunção, datado de 01 de janeiro de 1995, o qual estabeleceu que os quatro Estados Partes do MERCOSUL deveriam utilizar a TEC com base na Nomenclatura Comum do MERCOSUL (NMC), esta que estabelece os direitos de importação referentes a cada um dos itens presentes na NMC.

Segundo as diretrizes estabelecidas, desde 1992, a TEC deve incentivar a competitividade dos Estados Partes e seus níveis tarifários devem contribuir para evitar a formação de oligopólios ou de reservas de mercado. Também foi acordado que a TEC deveria atender aos seguintes critérios: a) ter pequeno número de alíquotas; b) baixa dispersão; c) maior homogeneidade possível das taxas de promoção efetiva (exportações) e de proteção efetiva (importação); d) que o nível de agregação para o qual seriam definidas as alíquotas era de seis dígitos. A aprovação da TEC também incluiu alguns mecanismos de ajuste das tarifas nacionais, através de Listas de Exceções, com prazos definidos para convergência aos níveis da TEC. (BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, 2018)

## 6.2 ERRO DE FATO E ERRO DE DIREITO

Conforme introduz o art. 146 do Código Tributário Nacional, com base em entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o legislador tentou evitar a revisão do lançamento já realizado com base no chamado erro de direito.

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução. (Brasil. Constituição Federal, 1988)

Essa nomenclatura não se mostra adequada, pois o chamado “erro de direito” não é necessariamente erro. Conforme aduz Ricardo Alexandre (2016) o que se teria em alguns casos é que as normas deixam margem para mais de uma interpretação acerca de determinada matéria, assim, quando o Fisco formaliza o lançamento adotando uma das interpretações possíveis, este critério jurídico torna-se imutável com relação ao lançamento já realizado.

Com isso é garantida a segurança jurídica e é aplicado o Princípio da Não Surpresa em matéria tributária, garantindo que as mudanças nos critérios jurídicos adotados pela Administração Tributária, no exercício do lançamento, não serão retroativos.

---

<sup>6</sup> Fonte: <<http://www.mdic.gov.br/index.php/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/206-assuntos/categ-comercio-exterior/sgp-sistema-geral-de-preferencias/1799-sgp-nomenclatura-comum-do-mercosul-ncm>>. Acesso em 19 de abr. de 2018.

Assim, se o Fisco vinha aceitando como correta a adoção de determinada classificação fiscal para certa mercadoria, não pode, posteriormente, com base em novos critérios, alterar o entendimento de forma retroativa para a revisão de lançamentos já efetuados.

Escreve, ainda, Ricardo Alexandre (2016):

[...] segundo parágrafo único do art. 100 do CTN<sup>7</sup>, a observância das normas complementares (sempre gerais e abstratas) pelo sujeito passivo, exime-o do pagamento de acréscimo legais, mas não do pagamento do tributo. Dessa forma, a administração pode alterar o critério jurídico adotado por considerar o anterior errado e cobrar o tributo eventualmente devido. Entretanto, se o lançamento (sempre individual e concreto) já foi realizado, a administração não pode alterar o critério jurídico adotado, pois lhe é vedada a revisão por “erro de direito”, de forma que o novo critério somente poderá ser adotada para os fatos geradores supervenientes à inovação (art. 146 do CTN). (ALEXANDRE, 2016)

Para além do já exposto, também pode-se dizer que o art. 146 tenta honrar o Princípio da Proteção à Confiança, que, no caso concreto, seria a confiança depositada pelo sujeito passivo na correção do procedimento de lançamento realizado pela autoridade administrativa.

A propósito, a orientação do **STJ** é pacífica no sentido de que o erro de direito (o qual não admite revisão) é aquele que decorre da aplicação incorreta da norma. Trata-se do equívoco na valoração jurídica dos fatos, ou seja, do desacerto sobre a incidência da norma à situação concreta. (SABBAG, 2017, p. 1102, grifo do autor)

Cabe ressaltar, ainda, que o caráter imodificável do lançamento feito com erro de direito é restrito à atuação da Fazenda Pública, não podendo ser aplicado em prejuízo do sujeito passivo, que tem direito de impugnar o lançamento equivocado.

Sobre o tema, o extinto Tribunal Federal de Recursos prolatou a Súmula nº. 227, cujo teor segue, *ad litteram*: “A mudança de critério jurídico adotado pelo Fisco não autoriza a revisão do lançamento” (SABBAG, 2017)

Já o chamado erro de fato se refere ao incorreto enquadramento das circunstâncias objetivas que não dependem de interpretação normativa para sua verificação, como, por exemplo, metragem, peso, quantidade, de forma que o lançamento pode ser modificado de acordo com o prazo decadencial de 5 anos para a Fazenda Pública<sup>8</sup>.

Como elucida Eduardo Sabbag (2017, p. 1102), o erro de fato seria “aquele consubstanciado na inexatidão de dados fáticos, atos ou negócios que dão origem à obrigação tributária (AgRg no Ag 1.422.444/AL, rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª T., j. em 04-10-2012).”

---

<sup>7</sup> Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

<sup>8</sup> Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

### 6.3 CASO CROCS: DOS FATOS

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 07/01/2015 em face de Crocs Brasil Comércio de Calçados LTDA para formalizar lançamento da diferença de direitos *antidumping* não recolhidos nas operações de importação registradas no período de 04/01/2011 a 10/05/2011, de calçados originários da República Popular da China, acrescidos de multa de ofício e juros de mora, devidos pela classificação incorreta na posição 6401 da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) e interpretação incorreta da NCM 6402.20.00 (Calçados com parte superior em tiras ou correias, fixados à sola por pregos, tachas, pinos e semelhantes), que deveriam pagar TEC de 35%, porém, foram excluídos da aplicação do antidumping pelo art. 1º, parágrafo único, inciso I da Resolução nº 14 de 2010 da Camex<sup>9</sup>.

Em resumo, segundo o Fisco, com intuito de fugir do recolhimento dos direitos antidumping, as mercadorias importadas foram classificadas na NCM 6401, estando o contribuinte utilizando-se de caracterização equivocada de seus produtos para enquadrá-los nessa posição, o que o eximiria do pagamento de direitos antidumping.

A empresa Crocs Brasil afirmou que classificava praticamente todos os seus modelos na posição 6402 na NCM até o registro da Declaração de Importação n 09/1306574-3, quando tomou ciência de exigência feita pela fiscalização aduaneira, em 02/0/10/2009 para o recolhimento de direitos antidumping na importação de calçados de diversos modelos da China, na vigência da Resolução nº 48/2009 da Câmara de Comércio Exterior (Camex), publicada em 08/09/2009, que aplicava direito antidumping provisório, por até 6 meses, nas importações brasileiras de calçados classificados nas posições 6402 a 6405 da NCM, a ser recolhido sob a forma de alíquota específica fixa de US\$ 12,47 (doze dólares americanos e quarenta e sete centavos) por par.

Pelo fato da empresa já estar preocupada com as consequências de um eventual equívoco na interpretação das regras de aplicação do direito antidumping, desde a época das investigações iniciadas com a publicação da Circular da Secretaria de Comércio Exterior (Secex) nº 95/2008, a Crocs Brasil já havia, anteriormente, feito duas solicitações ao Ministério

---

<sup>9</sup> Art.1º Aplicar direito antidumping definitivo, por até 5 (cinco) anos, nas importações brasileiras de calçados, classificados nas posições 6402 a 6405 da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), da República Popular da China, a ser recolhido sob a forma de alíquota específica fixa de US\$ 13,85/par (treze dólares estadunidenses e oitenta e cinco centavos por par).

Parágrafo único. Os calçados a seguir relacionados estão excluídos da aplicação do direito antidumping definitivo, ainda que classificados nas posições tarifárias 6402 a 6405:

I - sandálias praianas, confeccionadas em borracha e cujas tiras são fixadas ao solado por espigões (comumente classificadas na NCM 6402.20.00);

do Desenvolvimento, Industria e Comercio Exterior (MDIC) e, logo depois da exigência fiscal, fez outra petição dirigida à Câmara de Comércio Exterior, obtendo como resposta a Nota Técnica nº 109/2009, a qual informa expressamente que seu produtos, por serem injetados e impermeáveis, estão classificados na posição 6401 e, portanto, naturalmente fora do campo de aplicação do direito antidumping.

Em 05/03/2010, foi publicada a Resolução Camex nº 14/2010, aplicando direito antidumping definitivo, por até 5 anos, nas importações brasileiras de calçados chineses classificados nas posições 6402 a 6405 da NCM, a ser recolhido sob a forma de alíquota específica de US\$13,85 (treze dólares americanos e oitenta e cinco centavos) por par.

A partir da Nota Técnica nº 109/2009 da Camex e do laudo resultante da Solicitação de Assistência Técnica da Alfandega do Porto de Santos, SAT nº 6.304/09 da Equipe de Conferencia Física (EQCOF)<sup>10</sup> da Receita Federal a Crocs Brasil adotou a classificação dos produtos na posição 6401 da NCM.

A autuação feita em 2014 foi deveras genérica, tratando todos os produtos importados como sendo pertencentes a apenas dois grandes grupos. A fiscal autuante desobedeceu ao comando emanado pelos laudos elaborados por diferentes órgãos da administração pública federal ao ignorar por completo a conclusão da Camex e invalidando a conclusão contida em laudo oficial.

Posteriormente, em todas as demais importações feitas pela empresa de produtos classificados na NCM 6401, as autoridades fiscais reiteradamente observaram o referido laudo e não exigiram o recolhimento do direito antidumping, segundo o art. 30, §3º do Decreto nº 70.235/72<sup>11</sup>.

Inconformada, a Crocs Brasil interpôs o processo administrativo nº 10314.720037/2015-62. Apreciada a Impugnação pela 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis - DRJ/FNS, foi proferido o Acórdão nº 07-38.263 denegando os pedidos feita pela empresa, o que gerou a interposição do Recurso Voluntário nº no qual foi requerida reapreciação do Mérito, com a preliminar de ausência de análise dos argumentos apresentados pela Recorrente.

---

<sup>10</sup> Portaria nº 216 de 03/09/2013 emitido pelo Ministério da Fazenda, Secretaria da Receita Federal, Superintendência da 8ª Região Fiscal – Alfândega da Receita Federal do Brasil no Porto de Santos

<sup>11</sup> Art. 30. Os laudos ou pareceres do Laboratório Nacional de Análises, do Instituto Nacional de Tecnologia e de outros órgãos federais congêneres serão adotados nos aspectos técnicos de sua competência, salvo se comprovada a improcedência desses laudos ou pareceres.

§ 3º Atribuir-se-á eficácia aos laudos e pareceres técnicos sobre produtos, exarados em outros processos administrativos fiscais e trasladados mediante certidão de inteiro teor ou cópia fiel, nos seguintes casos:

#### 6.4 CASO CROCS: DA DECISÃO ADMINISTRATIVA

Denegado o pedido inicial, a Crocs Brasil achou por bem recorrer por meio de Recurso Voluntário ao Conselho Administrativo Fiscal, sendo desconstituído o ato de infração e retirada a multa que lhe fora equivocadamente imposta, resultando no acórdão de nº 3301-004.043/2015-62.

O voto da Relatora, a Conselheira Liziane Angelotti Meira, que confirmava o entendimento da primeira instância administrativa foi vencido, sendo vencedor o voto da Redatora Designada, a Conselheira Maria Eduardo Alencar Câmara Simões.

Em sua ilustre decisão, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais entendeu que:

De uma simples análise dos fatos acima narrado, verifica-se que não se está diante de um caso padrão em que as mercadorias foram inicialmente desembaraçadas sem que tenha sido feita uma análise detida das características do produto importado, verificando-se posteriormente, em revisão aduaneira, que a classificação fiscal adotada pelo contribuinte estava equivocada.

Trata-se, *in casu*, de situação muito particular, em que o contribuinte, em várias oportunidades, buscou esclarecer tanto perante a CAMEX quanto perante a Receita Federal a correta classificação fiscal do seu produto e a sua sujeição ou não às regras *antidumping*, tendo obtido, quando da liberação da DI n. 09/13065743, decisão administrativa em que a fiscalização concluiu, após a realização de vistoria técnica realizada por perita designada pela própria fiscalização, que o contribuinte deveria reclassificar a mercadoria originalmente importada com base no NCM 6402 para o NCM 6401.99.90, inclusive procedendo ao recolhimento de multa por erro na classificação fiscal.

[...]

Diante das particularidades que envolvem o caso concreto em relevo, não há como se exigir da contribuinte conduta diversa.

Isso porque, houve uma minuciosa análise por parte da fiscalização acerca das características específicas dos produtos em relevo, da correta classificação a ser adotada pelo contribuinte, inclusive analisando se estariam tais mercadorias sujeitas às regras *antidumping*, culminando em decisão administrativa expressa e definitiva proferida naquela oportunidade. Entendo, portanto, que a lavratura de auto de infração com a adoção de critério jurídico diverso do ali indicado representa uma verdadeira afronta à segurança jurídica que deve reger as relações entre Fisco e contribuinte.

Até porque, entendo que a decisão proferida pela fiscalização que culminou na determinação de reclassificação da mercadoria para a NCM 6401.99.90, com a exigência de multa por erro na classificação fiscal, representa, na verdade, um lançamento fiscal apto a expressar o critério jurídico adotado pela Receita Federal para a importação daquelas mercadorias. Entendo, pois, que há particularidades neste caso concreto que levam à conclusão diversa daquela adotada pela Relatora.

Este Conselho, inclusive, já decidiu pela impossibilidade de aplicação de multa quando comprovado que o sujeito passivo agira em conformidade com interpretação fiscal constante de decisão irrecorrível de última instância administrativa, proferida anteriormente à ocorrência de fatos geradores (vide Acórdão 220200142 de 03/06/2009).

Embora a decisão ali proferida trate de caso diverso do aqui analisado, entendo que a *ratio decidendi* segue orientação similar, no sentido de entender que não se pode exigir do contribuinte que haja em desconformidade com o que determinara a própria fiscalização em decisão definitiva anteriormente proferida.

Considerando que o caso concreto objeto da presente demanda corresponde ao período de apuração de 04/01/2011 a 10/05/2011, ou seja, posterior à liberação das mercadorias realizada em 14/01/2010 (após a reclassificação fiscal realizada para

6401.99.90), entendo que o contribuinte pautou os seus atos em estrita boa-fé, estando convicto de que agia dentro dos parâmetros da legislação federal e da própria interpretação desta conferida pela Receita Federal do Brasil, conforme critério jurídico fixado de forma expressa pela fiscalização em processo complexo e detalhadamente instruído, inclusive com realização de perícia técnica.

[...]

Há de se reforçar, inclusive que a análise realizada pela fiscalização ao determinar a reclassificação fiscal em 14/01/2010 levou em consideração os aspectos específicos relativos aos direitos *antidumping*. Ou seja, a reclassificação fiscal determinada pela fiscalização naquela oportunidade analisou situação idêntica à que é objeto do presente auto de infração, lavrado para fins de formalizar o lançamento da diferença de direitos *antidumping* não recolhidos nas operações de importação.

Como se pode denotar dos excertos acima colacionados, fica clara a arbitrariedade com a qual o Fisco, enquanto agente público autorizado pelo Estado a promover lançamento dos impostos e controle da entrada de mercadorias no país, fazendo com que casos como este vivenciado pela empresa Crocs Brasil seja um dentre diversos.

Por um simples problema burocrático, a empresa teve seus direitos cerceados por mais de 4 (quatro) meses, do período de 04/01/2011 a 10/05/2011 quando se deu a apuração do processo administrativo na primeira instância, no qual foi avaliado se de fato os calçados importados da China pela empresa poderiam ser enquadrados na posição 6401 da NCM.

Sobre o assunto, Max Weber (2004) descreve como a burocracia valoriza a forma sobre o conteúdo, presando pela superioridade da técnica em detrimento de qualquer outra forma:

A razão decisiva do avanço da organização burocrática sempre foi sua superioridade puramente técnica sobre qualquer outra forma. A relação entre um mecanismo burocrático plenamente desenvolvido e as outras formas é análoga à relação entre uma máquina e os métodos não-mecânicos de produção de bens. Precisão, rapidez, univocidade, conhecimento da documentação, continuidade, discricção, uniformidade, subordinação rigorosa, diminuição de atritos e custos materiais e pessoas alcança, o ótimo numa administração rigorosamente burocrática (especialmente monocrática) exercida por funcionários individuais treinados, em comparação a todas as formas colegiais ou exercidas como atividade honorária ou acessória” (WEBER, 2004, p. 212)

Desta forma, o fiscal, enquanto funcionário monocrático, pode atestar pela documentação que recebe dos contribuintes, aplicando-lhes a técnica tributária que permite seja aferido o tributo ou penalidade a ser cobrado. Ocorre, porém, que, nem sempre tal decisão é acertada, visto que nas fronteiras aduaneiras trabalham mais de um fiscal, podendo cada um dos funcionários da Receita ter um entendimento diferente a respeito de uma situação concreta, como ocorrido no caso da Crocs.

Unidos, portanto, ainda que trabalhando separadamente, os fiscais da Receita Federal contribuem de forma a retardar o andamento do controle tributário, conforme explica Weber (2004).

“O trabalho organizado de forma colegial, por outro lado, condiciona atritos e retardações, compromissos entre opiniões e interesses contrários, realizando-se, portanto, com menos precisão e menos dependência de autoridades superiores e, por isso, de maneira menos uniforme e mais devagar.” (WEBER, 2004, p. 212)

De uma breve leitura dos fatos como estes foram apresentados pela Relatora do caso, são utilizados diversos termos técnicos, bem como são citadas várias legislações muito específicas, que tornam o entendimento deveras difícil para aqueles que não estão acostumados com os jargões técnicos tributários e com a legislação muito específica utilizada pelos fiscais, até mesmo pela comissão julgadora do CARF.

Toda burocracia procura aumentar mais ainda esta superioridade do profissional instruído ao guardar segredo sobre seus conhecimentos e intenções.

[...]

Tendencialmente, a administração burocrática é sempre uma administração que exclui o público. A burocracia oculta, na medida do possível, o seu saber e o seu fazer da crítica. (WEBER, 2004, p. 225)

Se a Receita Federal promove o controle da concorrência por meio da fiscalização aduaneira, não seria necessária a criação de outros tributos e responsabilidades acessórias para as empresas que desejam importar para o Brasil, como propõe o art. 146-A, CRFB/1988.

Além disso, cumpre salienta que, apesar de ter cumprido todas as exigências da fiscalização, além de ter recorrido a mais de um órgão oficial para que fosse designada a correta classificação das mercadorias importadas, ainda assim vê-se que a Crocs Brasil teve seus direitos cerceados.

Sobre o tema, cumpre destacar a fala de André Franco Montoro Filho no livro *Tributo ao Mercado*, compilado por Oscar Pilagallo, que trata sobre o tema de inibição da concorrência e da criação de barreiras para entrada de mercadorias estrangeiras no mercado.

“Ele (André Franco Montoro Filho) fez uma distinção: há ações que inibem a concorrência, como aquelas que procuram criar barreiras de entrada de produtos ou que levam a acordos entre empresas ou à prática de dumping. E há outro tipo de ação que desequilibra a concorrência, que são os desvios de conduta, a sonegação, a informalidade, o contrabando, o descaminho, a falsificação e a adulteração de produtos. ‘No Brasil e no mundo, o foco da política de defesa da concorrência tem sido sobre a falta de concorrência, e não sobre o desequilíbrio da concorrência, afirmou Montoro. “A tolerância com esse desequilíbrio, disse ‘beneficia o transgressor, prejudicando aquele que cumpre a lei’ Se o prejuízo não for combatido, argumentou o professor, o recado que será dado aos empresários é de que os desvios de conduta são a melhor forma de ganhar dinheiro. ‘Esse tipo de comportamento atrai os empresários oportunistas e afasta os que querem investir, que não aquele que geram crescimento.’” (PILAGALLO, 2010, p. 75)

Onde quer que estas não possam provir do lucro privado – como na organização burocrática das grandes empresas modernas- ou de tributos fundiários - como nos senhorios

feudais -, um firme sistema de impostos é condição prévia da existência permanente de uma administração burocrática. (WEBER, 2004, p. 208)

Max Weber determina que a burocratização da administração seria uma forma indestrutível de dominação, sendo o chamado de funcionário profissional (WEBER, 2004) aquele que exerce sua função de forma encadeada, de forma que os demais funcionários também desejam a permanência da atividade ininterrupta, de forma que a todo se beneficiem.

Onde quer que a burocratização da administração tenha sido conseqüentemente levada a cabo, cria-se uma forma praticamente inquebrantável das relações de dominação. O funcionário individual não pode desprender-se do aparato do qual faz parte. Em oposição aos honoratarios, que administram honorificamente e acessoriamente, o funcionário profissional está encadeado à sua atividade com toda a sua existência material e ideal. É – na grande maioria dos casos – um elo individual, encarregado de realizar tarefas especializadas, de um mecanismo que se move sem cessar e somente pode ser parado ou posto em movimento no seu ponto culminante, mas (normalmente) em nenhum outro, e que lhe prescreve um percurso essencialmente já determinado. E por isto está, sobretudo, aferrado à comunidade de interesses de todos os funcionários integrados neste mecanismo que querem a continuidade de seu funcionamento e que persista a dominação exercida na forma de relações associativas. Os dominados, por sua vez, não podem nem prescindir de um aparato de dominação burocrático, uma vez existente, nem substituí-lo, porque este se baseia numa síntese bem planejada de instrução específica, especialização técnica com divisão do trabalho e firme preparo para exercer determinadas funções habituais e denominadas com destreza. Se este aparato suspende o trabalho ou é forçado a fazê-lo, a conseqüência é um caos, sendo difícil a tarefa de improvisar uma instituição substitutiva, a partir dos dominados, para vencê-lo. (WEBER, 2004, p. 222)

Em sendo assim, no momento em que a fiscal autuante da Crocs Brasil estava atuando, se baseou em uma premissa fática equivocada para indicar que a empresa tentava esquivar-se do pagamento dos direitos antidumping devidos, quando, em realidade, a empresa fora orientada pela própria Administração Fiscal a assim proceder.

Até mesmo a primeira instância administrativa que julgou o caso entendeu que a Crocs Brasil estava errada e deveria se proceder com a cobrança da multa, bem como de juros e correção monetária, não sendo este um caso da exceção trazida pelo art. 100, §1º do Código Tributário Nacional.

II. Rege o princípio da hierarquia de cargos e da seqüência de instâncias, isto é, um sistema fixamente regulamentado de mando e subordinação das autoridades, com fiscalização das inferiores pelas superiores- sistema que oferece, ao mesmo tempo, ao dominado a possibilidade fixamente regulamentada de apelar de uma autoridade inferior à instância superior desta. (WEBER, 2004, p.199)

É neste contexto, continua Weber (2004), que a burocratização tem um efeito de socialismo estatal que impede as oportunidades de lucro privadas, como o que ocorre no momento em que a Receita Federal, mesmo com o suporte técnico de outros órgãos da administração, entende que a Crocs Brasil deveria ser multada, só conseguindo esta rever a

decisão em segundo grau, quando já superadas diversas etapas e transcorridos mais de 06 (seis) anos.

(...) a burocratização teve também, em alguns casos de grande alcance histórico, e talvez possa ter entre nós, no futuro, um efeito que favorece o interesse da pequena burguesia no “sustento” tradicional assegurado ou, ao contrário, o efeito de um socialismo estatal que restringe oportunidades de lucro privadas. (p. 224-Economia e sociedade, Max Weber)

Portanto, as regulações e fiscalizações existem para proteger o consumidor. Na prática, protegem as grandes empresas dos consumidores. No final, elas nada mais são do que um aparato burocrático que tem a missão de cartelizar as empresas que operam nos setores regulados, determinando quem pode e quem não pode entrar no mercado, e quem pode e quem não pode permanecer no mercado.

Quanto maior é a regulamentação governamental, mais incentivos existem para a corrupção, para o suborno, para os favorecimentos e para os conchavos. Em vez de se concentrar em oferecer bons serviços e superar seus concorrentes no mercado, as empresas mais poderosas poderão simplesmente se acertar com os burocratas responsáveis pelas regulamentações e fiscalizações, oferecendo favores e, em troca, recebendo agrados como restrições e vigilâncias mais apertadas para a concorrência.

Livre mercado significa, por definição, liberdade de entrada. Quem quiser abrir uma empresa, em qualquer setor da economia, tem de ter liberdade de fazer isso quando quiser, sem ter de enfrentar uma montanha burocrática de restrições dispendiosas, sem ter de molhar a mão de fiscal, sem ter de pagar inúmeras taxas "legais", sem ter de pedir autorização para funcionários públicos, e sem ter de beijar a mão de políticos.

O trabalho, de forma resumida, trata de como o art. 146-A da Constituição introduzido pela Emenda Constitucional nº 42, onera ainda mais aqueles que pretendem importar produtos ou instalar uma indústria estrangeira no país, determinando medidas outras além do Imposto de Importação, IPI, ICMS, Pis e Cofins-Importação e do antidumping.

Ilustra-se aqui como a liberdade de concorrência é mitigada pelas medidas protecionistas do governo, principalmente com a adoção de pesada tributação e adoção do antidumping, bem como a edição do art. 146-A da Constituição limita ainda mais a livre iniciativa e livre concorrência de que dispõe os empresários.

Diante dos fatos narrados, observa-se que a reclassificação da mercadoria para lavratura do auto de infração incorreu em erro de direito, ou, como sabemos, uma classificação jurídica equivocada dos produtos, conforme terminologia adotada pelo STJ, o que a administração fiscal não pode fazer após o lançamento.

O objetivo da pesquisa foi o de justamente ter uma visão crítica sobre o trabalho da fiscalização enquanto força estatal, demonstrando a deficiência do estado diante da burocracia esmagadora que encontramos na administração tributária.

O que se pôde concluir do presente trabalho é que o caso Crocs mostra-se como um dentre vários diante das arbitrariedades cometidas pelo Estado, que se materializa por meio dos fiscais da receita federal ao imporem aquilo que lhes convêm, apesar de a empresa ter agido a todo tendo com boa-fé e ter procurado diversos órgãos da administração para agir na legalidade, não havendo motivo para a empresa ser multada por um ato praticado dentro das orientações do próprio Fisco.

A abertura comercial do Brasil, bem como a mudança na sua política tributária traria grandes avanços para o país, porém, como essa mudança se mostra deveras radical e levaria muitos anos para ser implantada diante do panorama político que se instalou no país atualmente, o que se propõe é um livre comércio mitigado, no qual, apesar da abertura econômica e da diminuição da tributação, esta não seria reduzida a zero, mas sim haveria a permanência de imposto único, no caso o imposto de importação, que se mostra barreira alfandegária suficiente para dirimir as disparidades de preço entre os produtos importados e os brasileiros.

Em sendo assim, o art. 146-A da Carta Magna representa um novo atraso ao desenvolvimento do país na medida em que onera ainda mais aqueles que pretendem importar produtos ou instalar empresas no Brasil, de modo a repercutir indiretamente no preço final das mercadorias importadas.

Assim como no “caso Crocs” houve um impacto negativo ao serem imputadas multas arbitrárias onde não deveria haver devido a mera divergência dentro da burocracia inerente à máquina estatal brasileira, mesmo que a todo momento a empresa tenha se mostrado vigilante e solicitou o auxílio da própria administração para adotar a classificação que fosse mais correta para suas mercadorias, a adoção dos critérios especiais de tributação trazidos pelo art. 146-A representam uma nova barreira criada pela cultura burocrática do país.

Desta forma, com o aumento da burocracia proporcionada especialmente pelo art. 146-A da CFRB/1998, que já é usada enquanto ferramenta de dominação dentro do Estado brasileiro, uma grande multinacional como a Crocs será obrigada a repassar aos consumidores todos os inconvenientes resultantes das imposições do referido artigo, sejam em pagamento de multas ou com contratação de advogados e contadores para obediência dos critérios de tributação criados. Em último caso, pode-se pensar que as empresas evitarão de vir para o país e as que já estão aqui instaladas irão deixar o Brasil em busca de mercados mais abertos à concorrência.

É assim que se vislumbra o prejuízo aos consumidores diante da burocracia intrínseca na cultura do país, juntamente com os embaraços e empecilhos trazidos pelo art. 146-A da Carta Maior, que irão prejudicar ainda mais que novas empresas se instalem no país ou forcem as já instaladas a se mudarem.

À título de conclusão cabe elucidar que a liberdade de concorrência é mitigada pelas medidas protecionistas do governo, principalmente com a adoção de pesada tributação e adoção do antidumping, bem como a edição do art. 146-A da Constituição limita ainda mais a livre iniciativa e livre concorrência de que dispõe os empresários, o que reflete diretamente no mercado e nos consumidores em geral.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode ver do que foi exposto no presente trabalho, é possível perceber que o Fisco, ao exercer controle sobre os produtos importados que adentram o país, promove uma regulação concorrencial de imediato, estando o art. 146-A da CRFB/1988 promovendo verdadeiro *bis in idem* ao propor que, além das medidas fiscais já tomadas, sejam impostas outras obrigações para as empresas como forma de regular a concorrência.

Um dos maiores desafios encontrados por aqueles que desejam empreender no Brasil é justamente vencer toda a carga tributária, que acaba sendo repassada aos consumidores finais, bem como atender todas as exigências feitas pela burocratização arraigada na Administração Pública.

É nesse contexto que o antidumping se mostra como medida que extrapola os demais impostos já pagos por aqueles que desejam importar produtos para o país. Além do Imposto de Importação, ICMS e IPI, as empresas devem arcar com contribuições como PIS e COFINS, além do antidumping.

Outro ponto a ser rememorado seria justamente as exigências exacerbadas feitas pela Receita Federal, como demonstrado no caso aqui analisado, em que a Crocs Brasil, mesmo tendo consultado todos os órgãos responsáveis pela análise e classificação de produto na Tabela NCM foi multada por não estar recolhendo direitos antidumping quando a própria administração tributária havia lhe instruído a fazer tal coisa.

É neste tom que se pode pensar em como o art. 146-A, ao instituir medidas tributárias outras, denominadas de critérios especiais de tributação para regular a concorrência, frente as que já estão em aplicação, promovem ainda mais desequilíbrio, posto que as empresas estrangeiras que atualmente atuam no país irão se retirar do mercado brasileiro devido ao acúmulo de impostos e responsabilidades fiscais.

Assim como já explicitado, é com base nisso que são formados os monopólios e cartéis, visto que as grandes empresas que já se estabeleceram no país irão ser as únicas capazes de suportar tantas exigências legais para se manter aqui, resultando em produtos com baixa qualidade e maiores preços.

Destarte, cabe a interpretação de que o caso Crocs, como este se apresenta, desestimula o desenvolvimento empresarial, sendo a burocracia estatal um dos muitos empecilhos aos novos empreendedores que desejam mostrar produtos e serviços com boa qualidade e menores preços.

Em sendo assim, a crítica que procurou-se fazer ao estabelecimento de critérios especiais de tributação seria justamente a de que os critérios atuais são cumpridos com

dificuldade pelas grandes empresas, que geralmente dispõem de assessoria jurídica e contábil especializada para orientar o andamento da empresa, tornando quase impossível que pequenas empresas possam cumpri-los também. Portanto, o que o art. 146-A da CRFB/1988 propõe é uma maior imposição burocrática, o que tornaria a atuação de pequenas empresas mais dificultosa ainda.

Desta feita, encontra-se na extrema burocratização uma forma de dominação, exercendo o Fisco, com especial destaque para a Receita Federal que assumiu importante papel no deslinde do Caso Crocs, um papel importante na forma como é encarada a aplicação da legislação tributária, principalmente nos produtos importados que adentram o país.

Por isso faz-se a proposta da adoção de um livre mercado como alternativa às diversas medidas invasivas que são realizadas pelo Estado com base na avançada burocratização que não permite o desenvolvimento mais célere do mercado. Com isto não se busca a imposição de tarifas 0 de importação, mas que ao menos fossem diminuídos os encargos de tributação, já que o imposto de importação representa barreira suficiente à proteção dos bens e serviços de empresas nacionais.

O art. 146-A enquanto nova barreira à recepção de produtos importados, empresas e indústrias estrangeiras enquanto promotor da igualdade concorrencial, impede que produtos com melhor custo benefício possam alcançar o mercado, engessando o mercado para manter o monopólio das empresas brasileiras que já estão consolidadas na economia local.

São essas barreiras que prejudicam o surgimento dos pequenos e garantem uma reserva de mercado para os grandes, devendo haver uma pesada ponderação a respeito do protecionismo frente os princípios da liberdade de concorrência e da valorização do trabalho humano, como elenca o art. 170, CRFB/1988, podendo-se considerar esse protecionismo estatal como cerceador da livre iniciativa privada no Brasil.

## REFERENCIAS:

ARAÚJO, Jr., José Tavares. **As normas antidumping da ALCA e a agenda multilateral.** Sistema de Informações sobre Comércio Exterior/Organizações dos Estados Americanos – SICE/OEA, Dezembro de 2001. Disponível em: <http://sice.oas.org/compol/article/cpant.asp>. Acesso em: 19 fev. 2018.

ÁVILA, Humberto. Comportamento Anticoncorrencial e Direito Tributário. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). **Princípios e Limites da Tributação 2 - Os Princípios da Ordem Econômica e a Tributação.** São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 427-440.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios.** 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 85-86.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 198-199.

BARRAL, Welber Oliveira. **Dumping e comércio internacional : a regulamentação antidumping após a Rodada Uruguai.** Rio de Janeiro: Forense, 2000. 395 p.

BASTIAT, Frédéric. Pétition. In: BASTIAT, Frédéric. **Sophismes économiques.** 6. ed. Paris: Bibliothèque de La Liberté, 1845. Cap. 7. p. 57-62. (Vol.4). Disponível em: <[http://www.librefrique.org/pdf/Bastiat\\_Sophismes\\_economiques.pdf](http://www.librefrique.org/pdf/Bastiat_Sophismes_economiques.pdf)>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BOMFIM, Diego Marcel. **Tributação e livre concorrência.** São Paulo: Saraiva, 2011. 306 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

\_\_\_\_\_. Constituição (2013). Portaria nº 216, de 03 de setembro de 2013. Altera a Portaria nº 196, de 26 de julho de 2012. O INSPETOR-CHEFE DA ALFÂNDEGA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DO PORTO DE SANTOS, no uso de suas atribuições regimentais previstas nos arts. 302 e 314 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, publicada no DOU de 17 de maio de 2012, resolve:.. **Lex:** MINISTÉRIO DA FAZENDA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL SUPERINTENDÊNCIAS REGIONAIS 8ª REGIÃO FISCAL ALFÂNDEGA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO PORTO DE SANTOS. Santos, SP, 10 set. 2013. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/legis\\_24820637\\_PORTARIA\\_N\\_216\\_DE\\_3\\_DE\\_SETEMBRO\\_DE\\_2013.aspx](http://www.lex.com.br/legis_24820637_PORTARIA_N_216_DE_3_DE_SETEMBRO_DE_2013.aspx)>. Acesso em: 15 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição (2010). Resolução nº 14, de 04 de março de 2010. Ad Referendum - Aplica direito antidumping definitivo, por até 5 anos, nas importações brasileiras de calçados, classificados nas posições 6402 a 6405 da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), quando originárias da República Popular da China.. **Lex:** legislação federal. Brasília, DF, 05 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.camex.gov.br/noticias/62-resolucoes-da-camex/em-vigor/921-resolucao-n-14-de-04-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Recurso Administrativo nº: 10314.720037/2015-62 - 1ª Turma da 3ª Câmara da 3ª Seção. **Lex:** jurisprudência administrativa. Recorrente: CROCS BRASIL COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA. e Recorrida: FAZENDA NACIONAL. Página 30 da Seção 1 do Diário Oficial da União (DOU) de 13 de Julho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº AC 1.657 MC, Trata-se de Ação Cautelar Ajuizada Por American Virginia Indústria e Comércio Importação Exportação Ltda, Visando Atribuição de Efeito Suspensivo A Recurso Extraordinário Já Admitido Pelo Tribunal de Origem (fls. 17/245-250). Recorrente: American Virginia Indústria e Comércio Importação Exportação Ltda. Recorrido: União. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 27 de junho de 2007. **Diário da Justiça:** Medida Cautelar em Ação Cautelar 1.657-6 Rio de Janeiro. Brasília, 31 de ago. de 2007. p. 254-331. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484304>>. Acesso em: 16 de mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 70. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2194>>. Acesso em: 16 de mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 323. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2136>>. Acesso em: 16 de mar. 2018)

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 547. Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2201>>. Acesso em: 16 de mar. 2018)

BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da concorrência e tributação: à luz do artigo 146-A da Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CALIENDO, Paulo. Princípio da livre concorrência em matéria tributária: conceito e aplicação. *Direito tributário em questão*, Porto Alegre, n. 7, p. 115, - 132, jan./jun. 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 26. ed. São Paulo, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito tributário: linguagem e método**. 6.ed. São Paulo: Noeses, 2015.

CONSIDERA, C. M., & CORRÊA, P. (2002). **The political economy of antitrust policy in Brazil - from price control to competition policy**. In B. E. Hawk (Ed.). *2001 Annual Proceedings Of the Fordham University School of Law, International Antitrust Law and Policy*. (pp. 533-68). New York: Juris Publishing.

CORDOVIL, Leonor Augusta Giovini. **O interesse público no antidumping**. 2009. 345 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Departamento de Direito Econômico e Financeiro e Cerdin Paris 1, Universidade de São Paulo e Universite Paris I-panthoen Sorbone, São Paulo e Paris, 2009. Cap. 2. Disponível em: <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-20102011-131305/publico/leonor\\_cordovil\\_tese\\_doutorado\\_DEF.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-20102011-131305/publico/leonor_cordovil_tese_doutorado_DEF.pdf)>. Acesso em: 09 fev. 2018.

COSTER, Tiago. **Critérios Especiais de Tributação Para Prevenir Desequilíbrios da Concorrência: Análise do Art. 146-A da Constituição Federal**. 2014. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_27004422\\_CRITERIOS\\_ESPECIAIS\\_DE\\_TRIBUTACAO\\_PARA\\_PREVENIR\\_DESEQUILIBRIOS\\_DA\\_CONCORRENCIA\\_ANALISE\\_DO\\_ART\\_146\\_A\\_DA\\_CONSTITUICAO\\_FEDERAL.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_27004422_CRITERIOS_ESPECIAIS_DE_TRIBUTACAO_PARA_PREVENIR_DESEQUILIBRIOS_DA_CONCORRENCIA_ANALISE_DO_ART_146_A_DA_CONSTITUICAO_FEDERAL.aspx)>. Acesso em: 25 fev. 2018.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MARQUES, Maria de Fátima Rodrigues. **A OMC e as Medidas Antidumping no Brasil.** Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013. ISSN 2175-7119.

MATIAS-PEREIRA, José. Políticas de defesa da concorrência e de regulação econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência. **Revista de Administração Contemporânea**, Curitiba, p.1-5, jun. 2006. Trimestral. Vol. 10, nº 2. Disponível em: <as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência>. Acesso em: 15 mar. 2018.

MINISTÉRIO DA FAZENDA (2004). **Glossário de termos econômicos.** Brasília: Seae/MF. Recuperado em 05 janeiro, 2005, de <http://www.fazenda.gov.br>.

NORTH, Gary. **No capitalismo de livre mercado, quem sempre ganha é o consumidor.** Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2664>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

NUSDEO, Fábio. Curso de economia : introdução ao direito econômico/Fábio Nusdeo; prefácio de Tércio Sampaio Ferraz Junior - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

Organização Mundial do Comércio, Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio/ *General Agreement on Tariffs and Trade*, 1947, Disponível em <[http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl\\_1197486062.doc](http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1197486062.doc)>. Acesso em 05 de mar de 2018)

PERRY, Mark. **Produtos importados baratos são tão prejudiciais à economia quanto a gratuita luz do sol.** 2017. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2796>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

PILAGALLO, Oscar (Org.). **Tributo ao mercado: desequilíbrio concorrencial tributário e a Constituição: um debate.** São Paulo: Saraiva, 2010.

ROTHBARD, Murray N.. **What is the free market.** 2006. Tradução: Instituto Mises Brasil. Disponível em: <<https://mises.org/library/what-free-market>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

SABBAG, Eduardo. Crédito Tributário: Revisão de lançamento. In: SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Cap. 24. p. 1102-1105.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial : as estruturas.** 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007a.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas.** São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SARTRE, Jean Paul. **Situações I**. São Paulo: Cosac e Naify, 2006. 312 p. Tradução: Cristina Prado. Prefácio: Bento Prado Junior.

SILVA, Alice Rocha da. Dumping e Direito Internacional Economico. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do Uniceub**, Brasília, v. 2, n. 2, p.390-417, 2005. Semestral. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/download/199/174>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

SOUZA, Hamilton Dias de, **Desvios concorrenciais tributários e a função da Constituição**, Revista Consultor Jurídico, 21 de set. de 2006 <[http://www.conjur.com.br/2006-set-21/desvios\\_concorrenciais\\_tributarios\\_funcao\\_constituicao](http://www.conjur.com.br/2006-set-21/desvios_concorrenciais_tributarios_funcao_constituicao)>. Data de acesso: 30 de março de 2011.

SOUZA, Hamilton Dias. Critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência: Reflexões para a regulação e aplicação do art. 146-A da Constituição Federal.. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: Condições e Limites**: “Homenagem ao Prof. Ney Prado”, São Paulo, p.385-400, 2011. Disponível em: <<http://www.dsa.com.br/index.fcgi/artigos/hamilton-dias-de-souza-criterios-especiais-de-tributacao-para-prevenir-desequilibrios-da-concorrencia-reflexoes-para-a-regulacao-e-aplicacao-do-art-146-a-da-constituicao-federal/>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. Introdução à microeconomia. Tradução de Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; MEIRA, Liziane Angelotti; BORGES, Antonio de Moura. **Direito Tributário Constitucional**: Temas atuais relevantes. São Paulo: Almedina, 2015. Vários autores. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books/about/Direito\\_Tributário\\_Constitucional\\_Temas.html?id=64o1CwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp\\_read\\_button&redir\\_esc=y#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books/about/Direito_Tributário_Constitucional_Temas.html?id=64o1CwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 10 mar. 2018.

VON MISES, Ludwig. **As 6 lições**. 7. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009. 78 p. Maria Luiza Borges.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**:: Fundamentos da sociologia compreensiva. 33. ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. 586 p. (v.2). Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, Revisão técnica: Gabriel Cohn.