

## TRIBUTAÇÃO E CONCORRÊNCIA

Tercio Sampaio Ferraz Junior

Submete-me o Instituto de Ética Concorrencial (ETCO), por meio da Câmara Setorial de Fumo, a seguinte:

### 1. Consulta

No Brasil, o mercado ilegal de cigarros vem apresentando aumento em virtude de diversos fatores: alta lucratividade, dificuldades de fiscalização, proibição de propaganda e, principalmente, a alta tributação. Somente em 2004, a ilegalidade representou cerca de um terço dos cigarros consumidos no País, equivalente a 37 bilhões de unidades.

País	Consumo Estimado 2004 (em bilhões de cigarros/ano)
Brasil Legal	88,6
Mercado Ilegal Brasil	37,1
Brasil Total	125,7
México	45,0
Argentina	35,0
Paraguai	3,0
Uruguai	4,0

O mercado legal brasileiro comercializou, em 2004, 88,6 bilhões de cigarros a um preço médio de R\$ 1,94 por maço de vinte cigarros, gerando uma receita de R\$ 8,6 bilhões. O mercado ilegal, por sua vez, comercializou, no mesmo período, 37,1 bilhões de cigarros a um preço médio de R\$ 0,90 por maço de vinte cigarros, movimentando R\$ 2,0 bilhões. Considerando a estabilidade dos preços praticados no mercado ilegal, isso corresponderia a uma perda total de arrecadação tributária de R\$ 1,7 bilhão em 2004.

Comparando-se a carga tributária do Brasil incidente sobre o cigarro com as taxas praticadas outros países, a constatação é de que o Brasil possui uma das maiores cargas do mundo, como pode ser constatado no quadro a seguir:

País	Carga tributária (%)
Paraguai	18
EUA	34
México	50
Venezuela	56
Argentina	67
Uruguai	67
Brasil	70

Considerando o cenário acima, a indústria cigarreira no Brasil tem sofrido diutunamente com a concorrência desleal promovida por empresas que não cumprem suas obrigações tributárias, seja através de liminares que desequilibram, enquanto vigentes, o sistema, seja socorrendo-se de práticas ilícitas, como a sonegação fiscal, para, dessa forma, reduzirem seus custos, obtendo uma vantagem competitiva indevida.

Ciente dessa realidade, que infelizmente não se mostra recente, o Estado tem buscado se munir de instrumentos ágeis que permitam efetivo controle do setor e o conseqüente combate a essas condutas que distorcem a realidade competitiva do mercado.

Nesse sentido, desde 1977, vigora o Decreto-lei nº 1.593, o qual determina que a Secretaria da Receita Federal poderá cancelar o registro especial de qualquer fabricante de cigarros se, a qualquer momento, for observado o descumprimento de qualquer obrigação tributária, principal ou acessória, prática de conluio ou fraude, ou crime contra a ordem tributária.

O artigo 2º do referido Decreto-lei nº 1.593/77, alterado pela Lei nº 9.822, de 23.8.1999, e pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 24.8.2001, dispõe:

Art. 2º O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade concedente, se, após a sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos:

I - desatendimento dos requisitos que condicionaram a concessão do registro;

II - não-cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal;

III - prática de conluio ou fraude, como definidos na Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, ou de crime contra a ordem tributária previsto na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, ou de qualquer outra infração cuja tipificação decorra do descumprimento de normas reguladoras da produção, importação e comercialização de cigarros e outros derivados de tabaco, após decisão transitada em julgado;

§ 1º Para os fins do disposto no inciso II deste artigo, o Secretário da Receita Federal poderá estabelecer a periodicidade e a forma de comprovação do pagamento dos tributos e contribuições devidos, inclusive mediante a instituição de obrigação acessória destinada ao controle da produção ou importação, da circulação dos produtos e da apuração da base de cálculo. (Redação dada pela Lei nº 9.822, de 23 de agosto de 1999)

§ 2º Na ocorrência das hipóteses mencionadas nos incisos I e II do caput deste artigo, a empresa será intimada a regularizar sua situação fiscal ou a apresentar os esclarecimentos e provas cabíveis, no prazo de dez dias.

§ 3º A autoridade concedente do registro decidirá sobre a procedência dos esclarecimentos e das provas apresentadas, expedindo ato declaratório cancelando o registro especial, no caso de improcedência ou falta de regularização da situação fiscal, dando ciência de sua decisão à empresa.

§ 4º Será igualmente expedido ato declaratório cancelando o registro especial se decorrido o prazo previsto no § 2º sem qualquer manifestação da parte interessada.

§ 5º Do ato que cancelar o registro especial caberá recurso ao Secretário da Receita Federal, sem efeito suspensivo, dentro de trinta dias, contados da data de sua publicação, sendo definitiva a decisão na esfera administrativa.

Tendo em vista a norma acima e considerando-se que algumas empresas fabricantes e comercializadoras de cigarros são contumazes sonegadoras de tributos, o que foi inclusive comprovado pela recente CPI da Pirataria (capítulo III - cigarros - disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/comissao/>), pergunta-se:

1. Quais as conseqüências da inobservância das obrigações tributárias sobre o funcionamento do mercado, especialmente sobre o setor de cigarros, no qual a arrecadação tributária corresponde em média a 65% do preço final do produto?

2. Qual(is) é(são) o(s) interesse(s) jurídico(s) protegido(s) pela norma estatuída no artigo 2º do Decreto-lei nº 1.593/77, inclusive à luz dos princípios da isonomia e da equidade de tratamento dos agentes econômicos pelo Estado?

3. Existe diferença de tratamento, para fins de preservação do princípio da livre concorrência e manutenção em regimes especiais, entre um evento ser caracterizado como mero inadimplemento tributário ou como sonegação tributária?

4. A omissão normativa ou executiva da autoridade fiscal no exercício de sua competência fiscalizatória pode propiciar uma situação de concorrência desleal? Em que hipótese?

5. A omissão estatal pode ocasionar a responsabilidade civil do Estado por ato omissivo em favor das concorrentes prejudicadas?

6. Quais são os instrumentos administrativos e judiciais disponíveis no direito brasileiro para fazer cessar a concorrência desleal tributária?

7. O descumprimento da legislação fiscal pode ser considerado fato impeditivo do desempenho da atividade a ela concernente?

8. O Decreto-lei nº 1.593/77 está de acordo com os princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório (ampla defesa)?

9. O Decreto-lei nº 1.593/77 viola a livre iniciativa (art. 170, CF) ou, ao contrário, a fortalece?

## 2. Parecer

### 2.1. Considerações preliminares

A presente consulta aborda um tema relacionado à imposição de medidas administrativas e tributárias ao mercado de cigarros e pede a discussão da legitimidade de tais medidas, bem como a implicação delas para o funcionamento do próprio mercado, tendo em vista o princípio da livre concorrência. Assim, pede-se uma avaliação do descumprimento da legislação tributária como fator de abuso de poder econômico.

Por tratar-se de tema que exige uma compreensão abrangente das relações entre direito tributário e direito econômico da concorrência, bem como direito constitucional, parece-me conveniente, antes de adentrar as questões formuladas, tecer alguns comentários gerais, a fim de ganhar latitude sistemática para o contexto em que se inserem os problemas.

### 2.2. Mercado relevante

O mercado relevante do caso submetido à consulta tem por produto relevante o cigarro. Trata-se, em princípio, de sua produção e comercialização em todo o território nacional.

No que se refere ao princípio da livre concorrência e à livre iniciativa, existem mercados *cujo perfil constitucional* tem características peculiares. Tais peculiaridades têm a ver com certas limitações regulatórias a que se submete esse mercado livre, na relação entre livre iniciativa e livre concorrência.

Se o chamado mercado livre implica, em princípio, ausência de uma interferência determinante, externa, do Estado, na sua estrutura e no funcionamento que dela decorre, essa ausência de interferência, contudo, não significa alheamento radical do Estado, mas admite graus de interferência, em face de outros direitos e valores consagrados pela própria ordem constitucional. Pode-se entender, nestes termos, que a própria Constituição Federal reconhece, para certos mercados, regulamentações ostensivas, tendo em vista

o interesse público relevante aliado às dificuldades de pleno funcionamento do princípio do livre mercado. É o caso, por exemplo, do mercado relativo a combustíveis (CF, art. 177), transporte (art. 178), serviços públicos sob regime de concessão ou permissão. Mas também na produção e comercialização de certos bens que, por sua natureza, podem afetar a harmonia entre direitos fundamentais (liberdade de consumo, proteção à saúde) e, em consequência, exigir cuidados especiais.

Este é o caso da produção e comercialização do *tabaco* (CF, art. 220, § 3º, II, e § 4º), o que implica em dever específico do Estado de cuidar desse mercado de modo mais particularizado do que é feito com outros, aos quais basta uma disciplina constituída de limitações genéricas, comuns à produção e ao comércio em geral, como é o caso, por exemplo, dos dispositivos do Código do Consumidor (Lei 8078/90, art. 9º), em que, por exemplo, a publicidade não é vedada, devendo, no entanto, “deixar de ser meramente persuasiva, para realçar o seu caráter informativo, propiciando a livre escolha do consumidor e advertindo-o adequadamente na aquisição de produtos ou serviços, em particular os nocivos e perigosos”<sup>1</sup>.

O produto *cigarro* envolve dois aspectos: o *físico* (tamanho, circunferência, sabor, aroma, funcionalidade da embalagem etc.) e a *imagem* (tipo de associação criada pelos esforços de *marketing* dos fabricantes, entre um produto e um conjunto de percepções).

De modo geral, reconhece-se que o conjunto dos elementos - *blending* (combinação de diferentes tipos e classes de fumos), *aditivos* (melados e caldos, aromas naturais, essências etc.), *filtro* (papel, polipropileno etc.) e *papel* - compõe o produto físico. Aqui se inclui a embalagem (caixa ou maço), o comprimento (*kingsize*, *super long size*). Os elementos mais a embalagem e o comprimento não permitem uma grande diferenciação, transformando o produto quase em uma *commodity*. Não obstante, o consumidor percebe pequenas diferenças a partir de pequenos detalhes que, quando reunidos, explicam as suas preferências.

---

1. VILAÇA LOPES, Maria Elizabete. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 1, 1992, p. 164.

No Brasil, há um mercado relativamente concentrado de fabricação. Não obstante, como todos os fabricantes, inclusive os pequenos, podem fazer produtos muito próximos, uma vez que a tecnologia e a matéria prima são similares e o acesso a elas é francamente aberto, há entre eles forte competição, sendo que um importante diferencial competitivo entre as empresas estaria na criação de estratégias de *marketing*, com os fabricantes buscando as diferenças a partir da identidade das marcas.

A marca é, em geral, a responsável por dar personalidade, imagem e estilo ao produto. Por meio dela, o consumidor se identifica e se baseia para sua opção de compra. Assim, a marca, que, para bens de consumo tem uma função vital, no caso dos cigarros, por todas as contingências mencionadas, é elemento básico da competitividade. Ao identificar o produto, a marca é fundamental para a logística empresarial de cigarros, cuja estratégia de *marketing* procura interrelacioná-la completamente com a promoção/propaganda e a distribuição, na medida em que o preço é de potencialidade limitada, às classes e à modalidade entre as classes. Entretanto, em face das restrições legais à propaganda de produtos de tabaco, o preço acaba sendo, praticamente, um poderoso instrumento diferencial de avaliação do produto à disposição do consumidor, já que o mercado não tem como apresentar suas marcas e evoluções, o que repercute negativamente na capacidade de ressaltar aspectos relativos à qualidade e ao cuidado na elaboração dos produtos.

A distribuição é, nesse contexto, apenas um sistema de relacionamento entre empresas que participam no processo de comprar, produzir e vender os produtos. No caso dos cigarros, a tendência é a um tipo de relacionamento muito próximo do que se costuma chamar de *semi-integração*, cujo pressuposto básico é a cooperação entre os participantes, fazendo com que as empresas venham a competir, ainda que muito limitadamente, pelas suas marcas por meio e no contexto de cadeias de suprimento.

### 2.3. O monitoramento de um mercado problemático

O mercado de cigarros, contudo, não é, propriamente, um mercado regulado (como energia e telecomunicações), mas, por seu des-

taque constitucional, um mercado monitorado. O monitoramento desse mercado, no que diz respeito à livre concorrência, enquanto princípio diretamente ligado à defesa do consumidor, como, aliás, sustenta, majoritariamente, a literatura nacional e internacional sobre o direito econômico da concorrência, insere-se em um contexto de problemas gerados em mercados relevantes de produtos, sujeitos a uma larga incidência de sonegação de impostos e/ou utilização de instrumentos judiciais na forma de ostensiva litigância de má-fé, de contrabando, falsificação e adulteração de produtos, do que resulta um ineficiente estímulo à chamada economia informal, com repercussões perversas no campo da lavagem de dinheiro.

O passado mostra que tais problemas têm gerado consequências perversas para as empresas (perda de competitividade por concorrência desleal), para o fisco (perda de arrecadação), para os trabalhadores (aumento da economia informal - empregos sem registro -, desequilíbrios previdenciários), para a economia do País (migração da economia legal para a economia informal com ostensiva perda de produtividade), para o Estado (aumento da criminalidade: dinheiro sem origem direcionado para atividades ilícitas), para o consumidor (controle insatisfatório dos produtos postos no mercado para consumo). Dados fornecidos pela consulente, extraídos inclusive na CPI da Pirataria, demonstram que, somente em 2004, a ilegalidade representou cerca de um terço dos cigarros consumidos no País, equivalente a 37 bilhões de unidades. O mercado legal brasileiro comercializou, em 2004, 88,6 bilhões de cigarros a um preço médio de R\$ 1,94 por maço de vinte cigarros, gerando uma receita de R\$ 8,6 bilhões. O mercado ilegal, por sua vez, comercializou, no mesmo período, 37,1 bilhões de cigarros a um preço médio de R\$ 0,90 por maço de vinte cigarros, movimentando R\$ 2 bilhões. Considerando a estabilidade dos preços praticados no mercado ilegal, isso corresponderia a uma perda total de arrecadação tributária de R\$ 1,7 bilhão em 2004.

Para enfrentar tais problemas já foram tomadas, no passado, diversas medidas que lograram alguns (bons) resultados, mas que, no entanto, por sua singularidade e falta de sistematicidade, ainda deixaram espaço para desequilíbrios em importantes mercados.

Mencione-se, como exemplo de tais medidas, a substituição tributária, a tributação monofásica, o ICMS sobre álcool, o imposto de exportação para cigarros.

Como se depreende dessas questões, são importantes meios sistemáticos, capazes de enfrentar os problemas gerados em mercados relevantes de produtos sujeitos, muitas vezes, a altas cargas tributárias (no caso de cigarros, em média, 65%) e que permitem práticas de comercialização ilegais ou aéticas, com sérias repercussões para a economia nacional.

Mercados como o de *cigarros*, que mostram um largo número de agentes, quer na relação *up stream*, quer na relação *down stream*, assistem à utilização daqueles instrumentos como *meio* para competir, obviamente de forma desleal e/ou ilegal, com repercussões enormemente prejudiciais ao funcionamento regular da concorrência, à eficiência econômica, à geração regular de empregos e à arrecadação de tributos.

Para enfrentar tais problemas, é necessário, pois, pensar em soluções integradas em um sistema, capaz de conciliar liberdade de mercado e controle de abusos.

#### 2.4. O contexto constitucional: livre mercado e tributação

Nesse sentido, convém, inicialmente, distinguir entre *concorrência* como regra do jogo de mercado, nas suas múltiplas possibilidades reais, e *concorrencialidade*, isto é, grau de competitividade existente em um dado mercado. A concorrência é um pressuposto fenomênico, que admite vários graus de competitividade, mas que não se elimina como estrutura mesmo quando é baixa a concorrencialidade<sup>2</sup>.

A partir dessa distinção, o *princípio* da livre concorrência passa a ser entendido normativamente em função da competitividade inerente à livre iniciativa como um direito fundamental de concorrer, isto é, de atuar criativamente no jogo do mercado livre, o que exige, de um ponto de vista jurídico, que o chamado livre mercado

2. SARTORI, G. *Democrazia cosa è*. Milano, 1994, p. 221.

seja pressuposto como uma estrutura de alternativas dinâmicas, da qual não deriva que todos os seus agentes sejam igualmente e efetivamente livres. Ou seja, uma determinada estrutura pode encorajar ou desestimular a potencialidade de livre iniciativa individual. De onde se conclui que a liberdade econômica pode estar sujeita a importantes restrições que, no limite, podem até tornar-se verdadeiros impedimentos.

Assim, o *princípio* da livre concorrência significa, *prima facie*, que a potencialidade deve ser *aberta*, em sentido normativo, *a todos*. Em si, o mercado é cego em face dos indivíduos, sendo, ao revés, um instrumento a serviço da coletividade. Por meio do mercado, a sociedade impõe uma ordem à livre iniciativa. O *princípio* da livre concorrência, por seu lado, garante, em nome da coletividade, o exercício da livre iniciativa, a qual exige, como qualquer direito fundamental, o estabelecimento de seus limites, que não só devem ser buscados na livre iniciativa dos outros agentes, mas também no exercício de outras liberdades, como a de consumir, de ter acesso aos benefícios da propriedade e da produção, inclusive de respeitar o princípio constitucional da soberania<sup>3</sup>.

É importante assinalar que livre iniciativa (CF. art. 170, *caput*) e livre concorrência (CF. art. 170, IV), esta como princípio do chamado livre mercado, não coincidem necessariamente. Ou seja, livre concorrência nem sempre conduz à livre iniciativa e vice-versa<sup>4</sup>. Daí a necessária presença do Estado regulador e fiscalizador, capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços, do dinamismo tecnológico, do uso adequado de economia de escala etc., impedindo, porém, que se tome instrumento de restrição estratégica à capacidade de iniciativa dos concorrentes. É, pois, neste hiato entre a livre concorrência e a livre iniciativa que entra a função da lei para reprimir o abuso do poder econômico, prevenir distorções funcionais, estabelecer medidas regulatórias. Daí o disposto no artigo 173, § 4º, que manda que a lei reprima “o

3. Raffaella, NIRO. *Profili Costituzionali della Disciplina Antitrust*. Pádua, 1994, p. 122.

4. FARINA, AZEVEDO, SAES. *Competitividade: Mercado, Estado e Organizações*. São Paulo, 1997, cap. IV.

abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros”.

Nesse contexto, a Constituição, que declara o mercado interno como patrimônio nacional (art. 219) e exige do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174), o exercício da função de fiscalização, preventiva e repressiva, dos abusos do poder econômico, estando referida a atos da vida econômica usual, admite também a *imposição de medidas de natureza tributária, com o fito de prevenir ou de corrigir distorções concorrenciais*.

Nesse sentido, a recente promulgação da EC n° 42/03, que incluiu, no corpo constitucional federal, o artigo 146-A, cujo teor é o seguinte:

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

Esse artigo mostra a preocupação do constituinte derivado com a tributação e as distorções em mercados concorrenciais, atribuindo competência à lei complementar para instituir critérios tributários capazes de fazer frente àquelas distorções. A menção à lei complementar, entretanto, não exclui, até expressamente inclui previsão de a União estabelecer, por lei (ordinária), critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, no âmbito de sua competência tributária, tudo em atenção ao artigo 24,1, § 1º (legislação concorrente), da Constituição Federal.

De qualquer modo, a preocupação do constituinte derivado com o tema, em um dispositivo específico, autoriza a elaboração de políticas especiais em vista do assunto tematizado, com preocupação nucleada em critérios especiais de tributação, mas, sem dúvida, acompanhada de medidas administrativas que, estabelecidas em lei, devem compor um programa coordenado de ações estatais.

Um aspecto importante no exame do artigo 146-A exige algumas considerações, em especial quanto a sua conformidade com os preceitos constitucionais referentes à livre iniciativa e ao princípio da livre concorrência, à isonomia e à generalidade dos tributos

(Constituição Federal, artigo 170, *caput*, IV; art. 150,1; e art. 151,1). Como o artigo 146-A da CF fala em critérios *especiais*, dá ele fundamento constitucional à possibilidade de estabelecerem-se disciplinas setoriais, sem ferir o princípio da isonomia e da generalidade da legislação tributária, bem como impor disciplinas restritivas à livre concorrência a fim de assegurar a livre iniciativa.

A questão, nesse sentido, está em saber se medidas que estabeleçam obrigações tributárias, em termos de *critérios especiais*, e com atenção à *especialidade*, podem ser e *como* podem ser impostas, sem ferir a isonomia e sem constituir uma indevida restrição à livre iniciativa.

A questão que se põe, nesse passo, está em saber se medidas que estabeleçam obrigações tributárias especiais podem ser impostas, sem constituir uma indevida restrição à livre iniciativa, tendo em vista o princípio da neutralidade concorrencial do Estado.

Pois, da livre concorrência decorre a exigência de imparcialidade dos atos impositivos (soberanos) do Estado em face dos concorrentes. Nesses termos, fala-nos Eros Grau da “neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes - liberdade pública”, como um dos caracteres que conferem sentido ao princípio da livre concorrência<sup>5</sup>.

Ora, em matéria tributária, a regra que consagra a possibilidade de criação de regimes tributários especiais o faz exatamente *com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência* (CF, art. 146-A).

Nesse sentido, os critérios especiais de tributação de que fala esse dispositivo, ao interferirem na atividade econômica de um determinado setor em um mercado livre, admitem que a lei exija, por exemplo, certas prestações de um grupo em face de outro, mas fundadas na equalização de chances entre partes tomadas desiguais por força da utilização distorcida de regras tributárias gerais, evitando que tais distorções inviabilizem a atividade econômica do grupo atingido ou, se generalizadas, inviabilizem a atividade de grupos concorrentes, uns em face de outros.

---

5. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo, 1997, p. 226.

Postas nesses termos estabelecidos pela neutralidade concorrencial, cumpre, então, examinar em que condições a imposição de obrigações tributárias para prevenir distorções concorrenciais é medida legítima e adequada às finalidades a que se destina.

## 2.5. Da imposição de medidas tributárias especiais

De modo geral, admite-se um monitoramento do mercado de cigarros, quer de forma direta, quer de forma indireta. Neste último caso, por exemplo, por meio de medidas tributárias chamadas proibitivas, com função desestimuladora do consumo (altas alíquotas de IPI, exigência de selos e número de unidades de venda para facilitar e tornar eficiente o controle fiscal). Neste sentido, como observa Sampaio Dória<sup>6</sup>, tributações onerosas ou proibitivas são admitidas como legítimas no caso de produção de certas utilidades cujo consumo se deseja ver desestimulado, como sucedâneo da regulamentação direta permitida<sup>7</sup>. Por meio de tais medidas tributárias, cede lugar a livre iniciativa às exigências mais urgentes e prioritárias do *poder de polícia*, termo que condensa toda a gama de motivações de natureza econômica e principalmente social, sob cuja inspiração se poderiam legitimamente disciplinar direitos fundamentais no sentido de subordinar-lhes o exercício a uma cuidadosa ponderação de valores<sup>8</sup>. Quanto a um monitoramento direto, é exatamente o que faz o legislador da União, com a edição da Lei n° 9.294/96, em especial no seu artigo 2º. Trata-se, aqui, da inclusão de restrições à liberdade de fumar em nome da saúde dos não fumantes potencialmente afetados, por meio da especificação das condições nas quais o consumo deveria ser, excepcionalmente, submetido a certas restrições.

Na Constituição vigente, as observações de Sampaio Dória afinam-se com o princípio da função social da propriedade e com a idéia exposta por Duguit há mais de 60 anos de que a propriedade

6. *Princípios Constitucionais Tributários e a Cláusula due process of Law*. São Paulo, 1964, p. 238 ss.

7. *Op. cit.*, p. 256.

8. *Op. cit.*, p. 253

não é mais direito subjetivo individualista do proprietário, mas função social do detentor da riqueza<sup>9</sup>, princípio que veio, afinal, a ser ostensivamente incorporado pelo Código Civil de 2002.

Em verdade, na conformidade com essas condições e em face do artigo 146-A da Constituição Federal, a imposição de obrigações tributárias especiais, principais ou acessórias, com a finalidade de coibir o consumo de certos produtos ou coibir a evasão fiscal pode ter também a finalidade de coibir o comportamento anticoncorrencial dos agentes econômicos, não só pelo aproveitamento anticoncorrencial de estruturas tributárias vigentes, como também pelo exercício de comportamentos que constituam caracterizadamente ilícitos tributários, podendo, nestes termos, ser, efetivamente, importante instrumento a serviço da proteção da livre concorrência, enquanto condição da livre iniciativa. Pode-se entender positivamente, nesse sentido, a imposição de obrigações tributárias sob critérios especiais, adequados ao mercado relevante. Entre elas merece atenção, *por sua importância na efetividade da fiscalização e de controles preventivos*, a imposição de obrigações tributárias acessórias.

Em termos de obrigação especial, a consulente, no caso em tela, nos dá conta da existência do Decreto-lei n° 1.593/77 (alterado pela Lei n° 9.822/99 e pela Medida Provisória n° 2.158-35, de 24.8.2001), que, em seu artigo 2º, determina que a Secretaria da Receita Federal poderá cancelar o registro especial de qualquer fabricante de cigarros se, a qualquer momento, for observado o descumprimento de qualquer obrigação tributária, principal ou acessória, a prática de conluio ou fraude, ou crime contra a ordem tributária<sup>10</sup>.

Conquanto se diga nesse artigo que o registro *podrá ser cancelado pela autoridade concedente*, entendo que se trata de ato vinculado, e não discricionário. A autoridade tem o dever de cancelar, dada a ocorrência dos fatos que discrimina.

9. *Las transformaciones generales dei derecho privado*. Madrid, 1931, p. 37

10. Art. 2º - O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade concedente, se, após a sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos (...)

Afinal, o artigo 1º determina que a fabricação de cigarros será exercida *apenas* por empresas que mantenham *registro especial* na Secretaria da Receita Federal, sendo que seu § 2º do DL nº 1.593/77 condiciona a concessão do registro, entre outras exigências, à comprovação de regularidade fiscal.

O controle visado atinge, pois, empresas sujeitas à tributação do IPI e caracteriza a imposição de obrigações acessórias, tendo em vista a fiscalização tributária, e cuja repercussão na efetividade da concorrência no setor é ostensiva.

O CTN define a obrigação acessória como a que “decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos” (art. 113, § 2º). Trata-se, na verdade, como tem anotado a doutrina<sup>11</sup>, de prescrições de fazer e não fazer, diretamente estatuídas em lei, no interesse da Fazenda Pública, mais propriamente, no interesse da arrecadação ou da fiscalização.

Entende Sacha Calmon haver uma certa impropriedade no tratamento dado pelo CTN às obrigações acessórias, que lhes disciplina até mesmo o seu “fato gerador” como “qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação patrimonial” (art. 115). A doutrina, também aqui, ressalta que o entendimento da norma aponta, na verdade, positivamente, para a necessidade de contorno legal da situação que engendra a prescrição de fazer ou não fazer e, negativamente, para uma delimitação: não há que se confundir com fato gerador de obrigação principal<sup>12</sup>. Luciano Amaro esclarece, assim, que o conceito de fato gerador da obrigação tributária acessória “é dado por exclusão”<sup>13</sup>.

No caso em tela, o DL nº 1.539/77 exige registro especial e condiciona sua concessão à comprovação de regularidade fis-

---

11. Cf., dentre outros: NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro, 1999, p. 580

12. Cf. BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro, 1999, p. 709; BORGES, Arnaldo. *Obrigação Tributária Acessória*. RDT, ano II, abril/junho, 1978, n. 4, p. 85.

13. *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo, 1999, p. 240.

cal. Com isso, delimita a concessão, tendo em vista um controle. Conforma-se ao disposto no CTN, prescrevendo com indicação manifesta o sujeito da prestação (estabelecimentos industriais dos produtos classificados nas posições 2402.20.00 do TIPI), a própria prestação positiva (comprovação de regularidade fiscal). Além disso, com igual conformação, no artigo 1º, exige do da pessoa jurídica requerente ou detentora do registro especial, das pessoas jurídicas controladoras e, de ambas, de seus sócios, pessoas físicas, diretores, gerentes, administradores e procuradores comprovação de regularidade fiscal.

Nos dois casos, há previsão de atuação da SRF, que poderá cancelar o registro, diante da ocorrência dos fatos enumerados no artigo 2º, entre os quais está (a) o desatendimento dos requisitos de concessão, (b) o não-cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória e (c) a prática de conluio ou fraude ou de crime contra a ordem tributária, podendo a SRF estabelecer ainda periodicidade e forma de comprovação de pagamentos, inclusive mediante obrigação - acessória - destinada ao controle da produção ou importação, da circulação dos produtos e apuração da base de cálculo.

O conjunto das incumbências conferidas à Secretaria da Receita Federal coloca-se, no dizer de Misabel Derzi, dentro da “margem de discricionariedade para que, dentro dos limites da lei, o regulamento e demais atos administrativos normativos explicitem a própria lei, viabilizando a sua fiel execução”<sup>14</sup>. Nada há, no conteúdo das atribuições mencionadas, que possa caracterizar uma imprópria delegação legislativa.

Na doutrina nacional, Pontes de Miranda<sup>15</sup> assim se expressou: “o princípio prático que corresponde à vedação das delegações legislativas pode ser enunciado do seguinte modo: há delegação legislativa sempre que a função outorgada ao Poder Executivo permite que, sem ônus de afirmar e provar se terem dado as circunstâncias que permitem variações, varia de resolução dentro da mesma classe

14. DERZI .Misabel de Abreu Machado. Em nota de atualização da obra de Balceiro, pp. 709-710

15. *Comentários à Constituição de 1967*, tomo I, p. 575

de atos administrativos. Quando a delegação é proibida, também o é a extradelegação (= delegação do Poder Executivo a comissões, entidades para-estatais, carteiras, diretorias, etc.)". Ou seja, se o Executivo, para editar normas com conteúdo diverso, e até oposto, estiver agindo com base apenas no seu exclusivo critério, sendo seu o ônus de determinar as circunstâncias que autorizam as variações, então, houve delegação legislativa vedada. Nesse sentido, já o antigo Tribunal Federal de Recursos havia reconhecido que não podia a lei atribuir ao Executivo aptidões que implicassem em criar, modificar ou extinguir direitos, pois isto seria admitir que um ato sem a força vinculante da vontade popular veiculasse disciplina própria de lei, mediante delegação não admitida pela Constituição<sup>16</sup>.

Obviamente, as atribuições conferidas à SRF, no caso em tela, não envolvem criação, modificação nem extinção de direitos. E a decisão sobre forma, condições e prazos para a instalação de equipamentos e o cancelamento do registro especial nas hipóteses enumeradas estão explicitados em lei (decreto-lei), que desce a pormenores, capazes de lhe tornar regular, disciplinada e viável a efetiva aplicação.

Uma questão jurídica, porém, estaria em saber se, em face da disciplina constitucional, o Decreto-lei poderia atribuir, como o faz, ao Poder Executivo, mais especificamente, à SRF, aquelas funções, admitindo, em especial, a regulamentação delas por ato da própria SRF, o que efetivamente ocorreu pela edição de Instrução Normativa (IN SRF de 28.11.2001). A questão, que tem a ver com o poder regulamentar, atribuído, na vigente Constituição Federal (art. 84, IV), em princípio, privativamente ao chefe de governo para a fiel execução das leis formais (mas também para a complementação de leis que contêm princípios e diretrizes gerais - as *lois-cadres* dos publicistas franceses ou as *Massnahmengesetze* dos alemães), conhece também, em uma forma mais independente, a competência, delegável (Constituição Federal, art. 84, parágrafo único), para a regulamentação normativa autônoma da consecução de serviços públicos e do exercício regular do poder de polícia (art. 84, VI, a

---

16. v. TFR, AC No. 88500-RJ, publicado no DJ 23.5.1985, p. 7.882.

e b). Na dicção constitucional referente a *organização e funcionamento da administração federal*, a doutrina reconhece a expedição de normas sobre a própria organização ou sobre as relações entre particulares que estejam em submissão especial ao Estado, por diferentes razões - regulamento administrativo ou de organização<sup>17</sup>.

O entendimento da questão, contudo, remete essa aptidão conferida à SRF a uma consideração mais detida.

A formulação do CTN, quanto a obrigações acessórias, parece indicar que se trata de um tipo aberto, uma *situação* que pode estar, às vezes, implícita em certo contexto. Há juristas insígnies<sup>18</sup> que admitem a criação de obrigação acessória até por outros atos normativos, além da lei, limitada ao que seja estritamente necessário para viabilizar o controle do cumprimento de obrigação principal. Entende ele que o artigo 97, III, do CTN, ao definir o âmbito da legalidade estrita, refere-se apenas ao fato gerador da obrigação principal, não podendo ser estendido para o da obrigação acessória, pois, no artigo 113, § 2º, e no artigo 115, fala-se em *legislação tributária*, o que indicaria uma primazia da lei, mas não excluiria outras possibilidades.

Em que pese a opinião de juristas, como Misabel Derzi, que exigem previsão legal em estrito senso, ou seja, lei em sentido formal e material, Hugo de Brito Machado argumenta que, se o princípio da legalidade tivesse alcance absoluto, “seriam totalmente inúteis todas as prescrições normativas infralegais de tal sorte que poderiam ser rasgadas e atiradas na cesta de lixo todos os regulamentos, portarias, e tantos outros atos normativos, sem que isto qualquer falta fizesse ao ordenamento jurídico”<sup>19</sup>.

Tal opinião revelaria ausência de adequada compreensão da obrigação tributária acessória, cuja acessoriedade deve ser entendida como instrumentalidade “que apenas indiretamente decorre de lei”.

17. Cf. DI PIETRO, Zanella. *Direito Administrativo*, São Paulo, 1993, p. 88

18. MACHADO, Hugo de Brito. Fato gerador da obrigação acessória. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 96, p. 32

19. Obrigação tributária acessória e abuso do poder-dever de fiscalizar. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 24, p. 62

Ora, adotando-se essa linha de raciocínio, de um lado, se há exigência de lei para instituir a obrigação de pagar, por exemplo, imposto de renda, nada obsta, por outro, que, por regulamento, se estabeleça, por exemplo, a obrigação de declarar os rendimentos auferidos, em forma e prazos apropriados. Mas, se a própria exigência de obrigação tributária acessória pode ser por regulamento, há de se indagar se a regulamentação pode também ser transferida. Isto implicaria o reconhecimento de que tal regulamentação teria o sentido de um regulamento de administração.

Se, nessa regulamentação que, em princípio, cabe ao Presidente da República, enquadra-se a possibilidade de disciplinar função de arrecadar ou fiscalizar tributo (CTN, art. 7º, *caput*), nada impediria que aquele, por ato próprio viesse, *afortiori*, não a delegar uma competência, mas transferir uma atribuição inerente à função de fiscalizar e arrecadar a correspondente disciplina de uma obrigação acessória à SRF<sup>20</sup>. E, admitida essa transferência, que, no interior do órgão mesmo, pudesse ocorrer nova transferência (como bem o reconhece, *a contrario sensu*, o texto citado de Pontes de Miranda).

Com efeito, quando no Decreto-lei sob exame se estabelece o fato gerador da obrigação tributária acessória com a finalidade de arrecadação e fiscalização, faz sentido que, diretamente, isto é, nela mesma, a atribuição da função de determinar forma, condições, prazos, modo de registro, aplicação de penas, cancelamento do registro, atribuições estas vinculadas à fiscalização e à arrecadação, possa ser exercida e regulamentada pela SRF. E que esta, no interior de sua própria organização, designe agente especializado para exercer aquelas atribuições (por exemplo, pela Instrução Normativa, art. 11, o registro especial poderá ser cancelado pelo Coordenador-Geral de Fiscalização).

Importante, para os propósitos da consulta, é saber se, no referente à obrigação tributária acessória, não se trata apenas de um dever imposto pela lei, mas de um “dever instrumental, que ne-

20. Ver, para essa linha de argumentação - legitimidade da delegação de atribuições, o RE n. 158.208-1, Rio Grande do Norte, rei. Min. Marco Aurélio, redator para o acórdão, Min. Maurício Corrêa.

nhuma finalidade pode ter, além daquela de viabilizar o controle do adimplemento da obrigação principal”<sup>21</sup>. Isto tem a ver com sua finalidade de servir à proteção da livre concorrência.

Sua acessoriedade, na verdade, não tem o sentido de ligação a uma específica obrigação principal, da qual dependa, subsistindo, ao contrário, ainda quando esta (à qual se liga ou parece ligar-se) seja inexistente em face de alguma imunidade, isenção ou não-incidência. A marca de sua acessoriedade está, antes, na instrumentalidade para controle de cumprimento, sendo, pois, uma imposição de fazer ou não fazer de caráter finalístico, *no qual se inclui, por força do artigo 146 A da CF, a livre concorrência*. E, em face desse caráter, sujeita-se a imposição à relação meio/fim, o que é nuclear para o exame da sua consistência jurídica.

Tratando-se de uma relação finalista, é óbvia sua submissão à *razoabilidade*, de onde a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da prestação exigida em face da finalidade visada<sup>22</sup>.

Para apreciar a razoabilidade, é preciso entender como nela atua uma valoração técnico-social ou política, que dá suporte à valoração jurídica. Trata-se da apreciação da norma legal enquanto técnica social, na qual se utilizam certos meios para obter certos fins. Assinale-se, porém, que, como regra, para o intérprete, o mero acerto técnico-social não interessa; interessa ao sociólogo ou ao político. Ao intérprete jurídico incumbe, por sobre o acerto técnico, encontrar o acerto jurídico de justiça, isto é, o acerto justo, buscando determinar o primeiro para alcançar o seu fundado juízo sobre o segundo.

A razoabilidade jurídica admite duas espécies: a de seleção e a de ponderação.

A razoabilidade de seleção tem a ver com o princípio da igualdade perante a lei. Aqui, a razoabilidade se refere não à imputação, mas ao *imputado*. Por exemplo, na imputação subjetiva do cometimento de um ato criminoso, se os imputados de 16 anos devem ter o mesmo tratamento dos de idade superior.

21. Cf. MACHADO, Hugo de Brito. Obrigação tributária acessória e abuso do poder-dever de fiscalizar, Revista Dialética de Direito Tributário, n. 24, p. 61 ss.

22. Cf. LINARES, Juan Francisco. Razonabilidad de las leyes, Buenos Aires, 1989, p. 114 ss.

Por sua vez, admitindo-se que normas jurídicas (gerais - norma legal - ou individuais - norma administrativa, sentença judicial, norma contratual) são constituídas de um antecedente e um conseqüente (se ocorrer o fato, segue o tributo; se ocorrer inadimplência, segue a sanção, dada a entrega do bem, segue o pagamento do preço etc.), fala-se em razoabilidade de ponderação que, nos EUA, é conhecida como *balance of convenience rule*. Trata-se da razoabilidade da *imputação*. Em termos de justiça, está em questão o equilíbrio comutativo entre o fato e a conseqüência. A valoração da razoabilidade em termos ponderativos se dá pela comparação, em uma dada norma, do fato antecedente e a prestação da conseqüência.

A nosso ver, a obrigação tributária acessória, estabelecida pelo Decreto-lei nº 1.593/77 e regulamentada pela Instrução Normativa SRF nº 95/01, atende perfeitamente os requisitos de razoabilidade.

Em termos de razoabilidade ponderativa, para apreciá-la, é preciso entender como nela atua uma valoração técnico-social ou política, que dá suporte à valoração jurídica. Trata-se da apreciação da norma enquanto técnica social, na qual se utilizam certos meios para obter certos fins.

No caso em tela, a norma estabelece a obrigação registro especial à condição, entre outras, de comprovação de regularidade fiscal, para atingir um fim fiscalizador e autoriza o cancelamento do registro especial nas hipóteses que enumera. Esse fim fiscalizador repercute no equilíbrio concorrencial dentro mercado relevante de cigarros. O problema está em verificar sua valoração jurídica, isto é, sua razoabilidade em termos de equilíbrio em face do fim proposto.

Para tal verificação, convém, inicialmente, examinar os requisitos ponderativos (necessidade, adequação, proporcionalidade).

Hugo de Brito Machado<sup>23</sup> fala-nos do *indispensável caráter instrumental* da obrigação tributária acessória. Embora ela não se ligue necessariamente a uma específica obrigação tributária prin-

23. Fato gerador da obrigação acessória. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 96, p.

principal, o dever administrativo imposto pela lei a título de obrigação acessória há de ser *indispensável* ao controle de obrigação tributária principal. Essa *indispensabilidade* (necessidade) pode ser considerada o primeiro atributo de sua razoabilidade.

No caso em tela, em setor marcado pela sonegação de tributos, contrabando e falsificação de produto, o aproveitamento de técnicas capazes de facilitar a fiscalização e a arrecadação é uma exigência indispensável, mormente quando se comprova que os meios usuais não conseguem sustar a evasão, dando azo a distorções no mercado concorrencial. Acrescente-se a isso a utilização de recursos judiciais com ostensiva finalidade de, valendo-se da demora dos processos, obter abusivas vantagens competitivas. Uma tal obrigação acessória de proceder ao registro especial revela um objetivo que atende, ademais, os requisitos do princípio constitucional de eficiência (CF, art. 37), na medida em que este obriga o agente público a “realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional”<sup>24</sup>.

Além de indispensável (necessária), a obrigação tributária acessória deve ser *adequada*. Hugo de Brito Machado argumenta, nesse sentido, que, por exemplo, a exigência de nota fiscal como documento hábil para comprovar a ocorrência de operação relativa à circulação de mercadorias (ICMS) viabiliza um possível controle do estoque de mercadorias em cada estabelecimento, prestando-se também para acompanhar a mercadoria em seu trajeto desde onde saiu até o estabelecimento a que se destina. Mas pode-se duvidar de sua adequação a situações, como serviços, em que não podem ser objeto de controle físico, não formam estoques, nem circulam fisicamente.

A adequação pode ser apreciada no confronto do poder-dever de fiscalizar e do dever de prestar as informações que conduzem ao cumprimento da obrigação principal. A relação entre aquele poder-dever e aquele dever exige periodicidade e generalidade, ou seja, consistência no tempo e universalização da exigência. O registro especial, sob condição de regularidade fiscal, é específico para a sua destinação, isto é, o controle necessário da fabricação de ci-

---

24. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, 1996. p. 90.

garros, sua comercialização, sua importação, portanto, proteção da livre concorrência em um mercado marcado pela sonegação e pela evasão de tributos, usadas, abusivamente, como instrumentos competitivos, que distorcem o livre mercado.

Por fim, deve ser *proporcional*. Ocorre, por esse critério, uma proibição de excesso, devendo a prestação necessária limitar-se ao suficiente para atingir os fins colimados. Com base no interesse arrecadatório e fiscalizatório, a prestação deve, por exemplo, manter um equilíbrio em face do contribuinte.

A proporcionalidade tem a ver com a razoabilidade eletiva, ou seja, com o princípio da igualdade perante a lei. Trata-se, no estabelecimento da norma (legal e administrativa), do dever de efetuar uma valoração de razoabilidade ao selecionar o alcance do fato antecedente da imposição normativa de valorar, convenientemente como a certos fatos são imputadas certas conseqüências e a outros não.

A proporcionalidade é atendida no caso em tela. Atente-se para o dispositivo do Decreto-lei que promove equiparações a empresas fabricantes de cigarros, procurando abranger todo o universo de agentes que atuam no mercado (comerciantes de produto sob encomenda), buscando cercar, ao máximo, a circulação do produto via importação, da mesma forma que o faz para a produção no País.

Ademais, ainda neste tópico, é importante assinalar, em termos de devido processo legal, que o Decreto-lei prevê, para o ato que indefere o pedido de registro, recurso ao Secretário da Receita (art. 1º, § 5º). Do mesmo modo, o artigo 2º, § 5º, prevê recurso ao Secretário, sem efeito suspensivo, para o ato que cancelar o registro. Além disso, na hipótese de cancelamento por prática de conluio ou fraude ou crime contra a ordem tributária, o artigo 2º, III, prevê sua efetivação apenas após o trânsito em julgado da correspondente decisão judicial. Por sua vez, se o cancelamento da autorização para funcionar ou sua ausência implica a apreensão dos produtos em elaboração e acabados, estoques de matéria prima e materiais de embalagem (art. 2º, § 6º), o estoque será liberado se o registro for restabelecido ou concedido (§ 7º).

Por fim, deve-se examinar o valor das multas impostas. Na hipótese de inoperância do contador (art. 1º-A), a produção deve ser interrompida e comunicada à SRF. Se não for interrompida, haverá multa não inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), correspondente a 100% do valor da mercadoria produzida no período de interrupção, sem prejuízo das demais sanções fiscais e penais (§ 2º). E, sem prejuízo, haverá ainda multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a não-comunicação. A questão está em saber da razoabilidade dessas sanções.

O problema de um eventual valor quantitativo que, supostamente, venha a ser considerado excessivo (irrazoável), aponta para a questão da avaliação técnico-social. Quando o intérprete de uma norma se propõe a determinar se ela é razoável porque o valor quantitativo é excessivo não em face do valor apurado, mas pelo montante alcançado pura e simplesmente, o aspecto qualitativo se torna preponderante. Na verdade, não é a quantidade, mas o sentido qualitativo da quantidade que entra em jogo.

Ora, a avaliação técnico-social, que daria suporte ao exame da avaliação jurídica, tem de levar em conta os meios para obter certos fins. A técnica exige que se principie pela razoabilidade dos fins perseguidos, para depois avaliar a razoabilidade do meio. No caso, o fim colimado é não apenas punir pelo descumprimento de uma disposição administrativa de ordem burocrática, mas impedir, efetivamente, que o descontrole da produção afete o mercado na forma de um abuso concorrencial, o que confere razoabilidade às medidas.

Examinada a questão no que se refere à razoabilidade ponderativa e seletiva da medida, faz mister considerar analisar a repercussão a desobediência à legislação como instrumento de falseamento da concorrência no setor.

## 2.6. Falseamento da concorrência: problemas estruturais e práticas desleais

A desobediência à lei como meio indevido de obtenção de vantagens competitivas merece uma consideração mais detalhada. Trata-se do que se poderia chamar de *concorrência proibida*.

A legislação brasileira vigente (Lei nº 8.884/94) é um cadinho de influências norte-americanas e européias. Do direito americano, em cujas origens há uma nítida preocupação com problemas estruturais do mercado, a questão da formação de monopólios (Sherman Act), sobretudo na forma dos *trustees*. Já da tradição européia, mormente no direito alemão, a preocupação com a lealdade na competição. No Brasil, o sistema do direito concorrencial ocupa-se, pois, tanto com a liberdade quanto com a lealdade, isto é, tanto com a restrição ao número de competidores, quanto com os comportamentos considerados desleais.

A proteção da liberdade, nesses termos, tem a ver, basicamente, com o poder de mercado e seus abusos, isto é, com ilícitos que conduzam a uma exacerbação do poder (na lei e na Constituição chamada de *dominação de mercados*). Já a proteção da lealdade tem a ver com comportamentos que não decorrem diretamente do grau de poder de mercado, mas da utilização de certos artifícios (por exemplo, a utilização de meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros ou comportamentos que iludem o consumidor sobre a qualidade do produto ou se valem de meios artificiosos para distorcer o preço efetivamente praticado, conferindo ao agente econômico uma vantagem competitiva, ou, então, condutas que *erem diretamente a lei*, como o contrabando e a sonegação, obtendo com isso indevidas vantagens concorrenciais). *Na base da proteção à lealdade competitiva está, pois, a obediência genérica à lei enquanto padrão mínimo da competitividade*<sup>25</sup>.

Uma das formas de quebra de lealdade como base da concorrência está justamente na utilização de práticas ilícitas (*concorrência proibida*) para obter uma vantagem concorrencial irreversível.

No caso em tela, a consulente nos dá conta de três tipos de ilegalidades: contrabando (produto fabricado fora do Brasil, que entra ilegalmente no País), falsificação ou contrafação (produto falsificado, comercializado no território brasileiro) e sonegação fiscal (produto fabricado no Brasil, sem o pagamento dos impostos devidos).

25. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial* - as estruturas. São Paulo, 1998, p. 71

A noção de concorrência proibida não se confunde, necessariamente, com a de ilícito *per se*. Conforme a estrutura da infração por abuso de poder econômico, como decorre tanto da norma constitucional (Constituição Federal, art. 173, § 4º) como da norma legal (Lei nº 8.884/94, arts. 20 e 21), a abusividade do poder não está nas práticas empresariais, comerciais, industriais em si, mas nos seus efeitos sobre o mercado concorrencial. Ou seja, a lei brasileira não pune os agentes econômicos por *condutas* em si anticoncorrenciais, mas por *efeitos* anticoncorrenciais de condutas *concorrenciais*. O tipo infrativo não está, pois, na conduta, mas no efeito anticompetitivo que ela provoca sobre a livre concorrência e sobre a livre iniciativa (eliminação de concorrência, dominação de mercados, abuso de posição dominante, aumento arbitrário de lucros).

Mas nada obsta, obviamente, que a abusividade ocorra também com base em prática ilícita. E aí entra a noção de concorrência proibida: o abuso de poder econômico é, então, caracterizado por ter por base uma conduta *ilícita per se* que produz ou visa produzir efeitos anticoncorrenciais, ainda que não alcançados.

Distingue-se entre concorrência proibida absoluta e relativa. A primeira consiste na possibilidade de produção de efeitos anticoncorrenciais mediante uma conduta que viola uma vedação jurídica de prática de determinada atividade considerada antijurídica. Por exemplo, sonegar tributos, praticar contrabando, falsificar produtos, combinar preços em uma licitação pública. Nesse caso, o agente pode ser punido, por ter cometido basicamente uma infração por conduta *per se* ilegal, podendo também ser punido pela mesma prática por seu efeito anticoncorrencial. A relativa surge quando o poder público impõe determinados requisitos que devem ser preenchidos para que se possa desenvolver uma atividade, mas estes, não sendo obedecidos, podem gerar infração meramente administrativa, não sendo punidos se reparados, mas produzindo, não obstante, um efeito anticoncorrencial. Nesse caso, os atos praticados serão punidos apenas como infração à concorrência.

No caso do Decreto-lei nº 1.539/77, há de distinguir, assim, entre os efeitos anticoncorrenciais produzidos por fabricantes de

cigarros que venham a ter cancelado seu registro especial por desatendimento dos requisitos de concessão e, não obstante, escapando dos controles da fiscalização, atuem de modo a produzir, no mercado, efeitos anticoncorrenciais, estarão praticando uma concorrência proibida relativa. Já aqueles que tenham cancelado seu registro pela prática de conluio, fraude ou crime contra a ordem tributária e, com isso, atuem no mercado de modo a produzir efeitos anticoncorrenciais<sup>26</sup> praticam uma concorrência proibida absoluta.

A prática de concorrência proibida pode ter outro importante efeito nos termos do artigo 20, III, da Lei nº 8.884/94: o *aumento arbitrário de lucros*.

Calixto Salomão<sup>27</sup> mostra que o aumento arbitrário de lucros não significa necessariamente lucro excessivo, até porque a empresa pode ser ineficiente, embora monopolista, e não ter lucro ou, do ponto de vista prático, pode eliminar altos lucros por meio de técnicas de planejamento fiscal.

Ora, aumento arbitrário de lucros refere-se não apenas ao lucro objetivado (ainda que escamoteado) por meios artificiais que não os das leis de mercado (lucro monopolista), mas também o que se dá por violação da lei (concorrência proibida). Se a lei é condição mínima da lealdade concorrencial, os atos que visam a lucros, obtidos com violação da lei, configuram uma arbitrariedade. E desta trata também o inciso III do artigo 20 da Lei nº 8.884/94. Neste caso (mas não no de monopólio ou posição dominante), o caráter abusivo da prática se desvincula da comprovação de lucro no balanço da empresa. *Basta provar a existência de indícios fortes de sonegação e que, por meio da concorrência proibida, uma vantagem competitiva foi alcançada*. Tratando a lei concorrencial de infrações por atos que provoquem ou possam provocar certos efeitos, independentemente de culpa, a estratégia competitiva de agentes que visam ao lucro e se baseia em concorrência proibida caracteriza objetiva e presuntivamente o aumento arbitrário de lucros.

26. Lei nº 8.884/94, art. 20, I: "limitar, falsear ou, de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa".

27. *Op. cit.* p. 86

Mencione-se, por último, um caso *sui generis* de concorrência proibida, localizada no *possível efeito anticompetitivo de prática amparada em liminar judicial*.

Obviamente, a desobediência à lei não elide a possibilidade de sua contestação judicial. Por exemplo, uma lei tributária pode ser afastada liminarmente por uma decisão judicial. Mas, nesse caso, é preciso ficar atento à possibilidade de, por meio disso, caracterizar-se uma prática que visa apenas, ostensivamente, a conferir ao autor uma eventual vantagem competitiva em face de outros concorrentes. Assim, uma alegação da inconstitucionalidade da lei com base em uma declaração incidental, por sua repercussão direta na concorrência, exige um cuidado especial, qual seja, a demonstração de que a impugnação da norma em determinadas condições não vise, ostensivamente, *afetar a capacidade competitiva dos agentes do mercado, desequilibrando a concorrência*.

A concorrência proibida, na verdade, pode ser também caracterizada mediante impetração de ação para obtenção de providimentos jurisdicionais provisórios (por exemplo, uma liminar) para a prática de atos cuja licitude é ostensivamente questionável e, por isso, são condenados pela jurisprudência pacífica de tribunais superiores, mas que dão ao agente uma vantagem competitiva por um certo tempo (até que a liminar seja cassada ou até que o feito seja julgado).

Distingam-se aqui dois diferentes momentos: de um lado, a utilização lícita do recurso a liminares, por outro, a ilicitude da conduta, reconhecida em tribunais superiores. Não se põe, pois, em questão a solicitação e concessão de uma liminar a juízo independente do juiz singular, mas os efeitos anticompetitivos que ela provoca sobre o mercado. Mormente quando se constata que o objetivo do agente econômico é ganhar tempo para um objetivo concorrencial, fiando-se, por exemplo, na morosidade da justiça. Para a produção de efeitos anticoncorrenciais, decisivo é, pois, o fator *tempo*, que, no caso de utilização da máquina judiciária com o ostensivo objetivo de obter vantagens competitivas, funda-se na demora dos providimentos a despeito de saber-se, de antemão, que medidas provisoriamente obtidas serão inapelavelmente cassadas por tribunais superiores.

Em especial, mencionem-se práticas no âmbito tributário, em que empresas se valem de questionamentos judiciais, com pedidos de liminares, posteriormente cassadas, mas, entretanto, conseguindo evidentes efeitos anticompetitivos que se tomam, posteriormente, irreversíveis, tumultuando os respectivos mercados. Para tais práticas também deve estar atenta a autoridade concorrencial e, eventualmente, a própria autoridade judicial.

Obviamente, essa atenção requer o exame metódico de cada caso. Não há um padrão *a priori* de deslealdade pelo simples recurso a liminares. Em cada caso, o que deve ser examinado, como sempre, é o efeito anticoncorrencial sobre o mercado relevante. Afinal, não se impugna o uso do recurso nem a concessão de liminares, que cabe ao juízo independente do juiz. Não é essa prerrogativa que está em questão, mas o efeito concorrencial sobre o mercado. Como de resto se faz, aliás, no exame de qualquer prática legal que, não obstante, pode ter sentido abusivo, do ponto de vista antitruste.

## 2.7. Responsabilidade administrativa por omissão

Por fim, havendo previsão legal para uma efetiva atuação da administração para a fiscalização e monitoramento do mercado, há de se indagar sobre o sentido jurídico dos efeitos provocados por sua eventual omissão.

A Constituição Federal, no seu artigo 37, § 6º, determina que as pessoas jurídicas de direito público (e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos) respondam pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, assegurando o direito de regresso nos casos de dolo ou culpa.

Conquanto seja inequívoco, ao teor do texto constitucional, o cabimento da responsabilidade objetiva, no caso de atos lícitos que venham a causar danos aos administrados, é, por sua vez, irrecusável a existência de um campo próprio de responsabilidade subjetiva, seja por atos omissos por culpa de serviço, seja por não-funcionamento ou mau funcionamento na execução de tarefas que lhe competem: “quando o dano foi possível em decorrência de uma

*omissão* do Estado [...] é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjetiva*<sup>123</sup>.

No que se refere à responsabilidade subjetiva da administração pública, há de se convir que danos podem ocorrer para o administrado, decorrentes de uma omissão, obviamente no sentido do descumprimento de um dever legal que lhe impunha evitar um eventual efeito danoso. Ou seja, no caso de responsabilidade subjetiva, há exigência de responsabilidade por ilícito, proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa), ademais dos casos de propósito deliberado (*dolo*)<sup>28 29</sup>.

Não basta, pois, para ser imputada a responsabilidade por omissão, a simples relação causal entre esta e o dano, mas é preciso mostrar a existência da obrigação legal cujo adimplemento é omitido e o dano, que seria possível de impedir mediante atuação diligente. Assim, ainda que o dano não tenha sido *provocado* pela administração, sua conduta negligente contribuiu para a ocorrência do dano.

Essa obrigação só é cogitável quando há *possibilidade* de impedi-lo mediante atuação diligente. Deve-se levar em conta, nesse sentido, um certo padrão de eficiência, capaz de obstar o evento lesivo (a insuficiência reporta-se a padrão de comportamento inferior ao padrão exigível).

Não há resposta *a priori* quanto ao que seria o padrão *normal*: há de ser apurada a normalidade em função “das possibilidades *reais* médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso”, levando-se em conta, como indício dessas possibilidades, o “procedimento do Estado em casos e situações análogas e o nível de expectativa comum da Sociedade (não o nível de aspirações), bem como o nível de expectativa do próprio Estado em relação ao serviço increpado de omissão, insuficiente ou inadequado. Este último nível de expectativa é sugerido, entre outros fatos, pelos parâmetros da lei que o institui e o regula, pelas normas internas que o disci-

28. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo, 2002, p. 854 ss.

29. *Idem*, p. 855.

plinam e até mesmo por outras normas das quais se possa deduzir que o Poder Público, por força delas, obrigou-se, indiretamente, a um padrão mínimo de aptidão”<sup>30</sup>.

Importante distinguir entre omissão como *condição* e como *causa* do dano. A responsabilidade por omissão deve ser causa do dano. Por isso, só se falará em responsabilidade por causa se o Estado estiver, de direito, obrigado a impedir o dano. Não há, assim, responsabilidade por omissão em face da exigência de o Estado prover a todos os interesses da coletividade. Não se pode alegar, genericamente, que *o serviço não funcionou*. Exige-se a demonstração de um dever legal, donde o cunho de injuricidade, que advém do dolo ou da culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia<sup>31</sup>. Contudo, vale recordar a palavra de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “A responsabilidade por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona ou funciona mal ou em atraso, \*\* atinge os usuários do serviço ou os nele interessados”<sup>32</sup>.

O dano de que se fala não é necessariamente apenas um dano patrimonial. O que é afetado pela conduta negligente é um bem integral, que a ordem jurídica protege em favor do sujeito. O que é afetado, em suma, é o direito do administrado, que a omissão administrativa impede de ser exercido plenamente, acarretando-lhe ou não um prejuízo econômico (como é o caso, entre outros, dos danos morais expressamente previstos no artigo 5º, XI, da Constituição Federal, imputável tanto à pessoa de direito privado como à de direito público). Ademais, trata-se de dano certo, isto é, não eventual, mas concretizável realmente, ainda que no futuro.

Essa hipótese merece consideração mais detida.

Na Constituição Federal, é no artigo 37 que repousa particularmente a questão. O § 6º reconhece tanto a responsabilidade subjetiva (responsabilidade por danos causados a terceiros, “assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo

30. *Idem*, p. 856.

31. *Idem*, p. 857.

32. *Idem*, p. 858.

ou culpa”), quanto a objetiva (*a contrario sensu*, nos casos em que nem há dolo nem culpa). O *caput* do artigo 37 embasa a responsabilidade subjetiva nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade e deixa um amplo espectro de discussão quanto à objetiva, para os casos de dano, com base em ato que respeite aqueles princípios, mormente em se recorrendo à hipótese de interesse público. A Emenda Constitucional nº 19, de 04.6.1998, acresceu o *caput* do artigo 37, ali inscrevendo o princípio de eficiência. A novidade certamente reacenderá o debate, sobretudo no que se refere à responsabilidade objetiva por atos que respeitem os demais princípios. A questão há de levantar o sentido da eficiência e a relação desta com os demais princípios, bem como entre a eficiência e o interesse público.

Na doutrina econômica norte-americana, o assunto já é discutido há algum tempo. A teoria econômica da regulação, tendo por base a teoria do interesse público (implícita na literatura sobre falhas de mercado e regulação), admitia que a regulação é *capturada* pela indústria e desenhada e operada primariamente para o seu benefício (Stigler, 1971 - Teoria da Captura), daí a prevalência do interesse público. Mas a literatura posterior contestou o pressuposto. O centro das discussões estava na impossibilidade de que políticas públicas pudessem ser reduzidas a uma explicação meramente econômica, seja baseada na premissa de comportamento racional-maximizador, seja na idéia normativa das falhas de mercado e dos objetivos de justiça e equidade, por parte do Estado. Os estudos mostram que a política econômica de governo atende a muitos e diferentes objetivos, inclusive os de barganha de votos, nitidamente políticos. Peltzman<sup>33</sup> resume as explicações econômicas, mostrando que (a) grupos compactos e organizados tendem a se beneficiar mais da regulação que grupos amplos e difusos; (b) a política regulatória deve tender a preservar uma distribuição de rendas politicamente ótima dentro de coalizões; e (c) na medida em que a recompensa

---

33. Toward a More General Theory of Regulation. In: *Journal of Law and Economics*, 19, n. 2, p. 211-40 - 1976; The Economic Theory of Regulation after a Decade of Regulation. In: *Brooking Papers on Economic Activity-Microeconomics*, 1989

política da regulação resulta da distribuição de riqueza, o processo regulatório é sensível a perdas. Já a teoria das escolhas públicas<sup>34</sup> insiste em que uma legislação é, desde sua origem, motivada pelos interesses privados que favorece, donde a possibilidade de que, de fato, os resultados de políticas sejam muito diversos, senão opostos, às suas motivações iniciais, por força de todos os outros elementos envolvidos.

Trazendo essas observações à discussão sobre a responsabilidade objetiva da administração, pode-se perceber o papel decisivo da eficiência no campo administrativo.

O princípio da eficiência tem por característica disciplinar a atividade administrativa *nos seus resultados*, e não apenas na sua consistência interna (legalidade estrita, moralidade, impessoalidade). Por assim dizer, é um princípio *para fora*, e não *para dentro*. Não é um princípio *condição*, mas um princípio *fim*, isto é, não impõe apenas *limites* (condição formal de competência), mas impõe *resultados* (condição material de atuação). Por seu intermédio, a atividade administrativa continua submetida à legalidade, muito mais, porém, à legalidade enquanto relação solidária entre meios e fins e pela qual se responsabiliza o administrador.

Entende-se, destarte, que o princípio da eficiência introduz na discussão da responsabilidade objetiva um elemento novo que não se reduz nem ao risco administrativo nem à mera igualdade perante os encargos, mas, antes, os incorpora em nome da obrigação imposta ao poder público pelo princípio da eficiência, de também evitar as assimetrias de informação e comportamento que funcionem como um incentivo para o comportamento oportunista dos agentes privados. Está aí, ao que parece, o fulcro da eficiência e desta como base constitucional para um tipo peculiar de responsabilidade objetiva do Estado por atos omissivos.

O que se tem em conta, nesse caso, é que, funcionalmente considerado, o instituto da responsabilidade por omissão, no âmbito do direito público, vai além do fundamento em mera previsão legal

---

34. BUCHANAN, *Liberty, Market and the State* - Political Economy in the 1980s, 1983.

ignorada, mas alcança a realização de justiça material<sup>35</sup>. Aplica-se aqui o princípio da igualdade de todos perante os atos decorrentes de encargos públicos, conjugado com o princípio da eficiência.

Talvez se possa dizer, então, que, embora o Estado esteja adstrito a uma teoria extremamente rígida no que diz respeito ao dever indenizatório, a responsabilidade por omissão conhece, além de um fundamento civil (subjativa, por culpa, e objetiva, pelo risco no sentido do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil/2002), também um fundamento estritamente público (princípio da igualdade conjugado com o da eficiência). Assim, se o Estado está legalmente obrigado à prevenção de atos ilícitos (contrabando, falsificação) e ao monitoramento de certos mercados (imposição de obrigações acessórias), mas omite-se por *culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona ou funciona mal ou em atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados*, caberia também falar em indenização por omissão.

Uma tal omissão, em termos do princípio de eficiência, possui alguns parâmetros, que podem ser assim sintetizados. Tratando-se de princípio jurídico-constitucional, algumas balizas normativas são importantes na caracterização da omissão, que, no caso em tela, será verificada na medida em que concorram, entre outros, os seguintes fatores:

- (1) Uma política legislativa eficiente deve procurar preservar uma distribuição de rendas politicamente ótima, preservando a concorrência, a defesa do consumidor. Ora, o mau funcionamento dos serviços de monitoramento indireto do mercado na fiscalização de medidas tributárias chamadas proibitivas, com função desestimuladora do consumo (altas alíquotas de IP1, exigência de selos e de número de unidades de venda para facilitar e tornar eficiente o controle fiscal) pode provocar um ostensivo desequilíbrio na finalidade a ser atingida; por exemplo, altera a formação de preços, de tal modo que a tributação

---

35. CANOTILHO. *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*. Almeida: Coimbra, p. 13.

dos produtos onere desigualmente os produtores que atuam legalmente, fazendo com que, por consequência, seu acesso pela população consumidora ocorra de forma distorcida. No caso em tela, como informa a consulente, a produção ilegal atinge basicamente o consumidor de menor renda, que acaba por consumir produtos que escapam aos controles de qualidade e nocividade.

(2) Políticas legislativas eficientes, em princípio, devem aumentar a riqueza total disponível para a redistribuição, na medida em que aumentam a recompensa política (interesse público). Ora, a omissão do Estado na fiscalização do mercado ilegal pode provocar a ocorrência de ostensivos desvios na política de empregos: aumento da economia informal - empregos sem registro -, desequilíbrios previdenciários, em prejuízo do mercado ilegal.

Isto posto, passo a responder os quesitos formulados.

### 3. Resposta aos quesitos

#### 3.1. 1º quesito

O primeiro quesito trata das consequências da inobservância das obrigações tributárias sobre o funcionamento do mercado de ciganos, sobretudo em face de uma imposição que alcança 65% do preço final.

Esse quesito já foi respondido no bojo das considerações preliminares. Em síntese, é importante assinalar as distorções concorrenciais pela alteração na formação de preços, de tal modo que a tributação dos produtos onere desigualmente os produtores que atuam legalmente. Igualmente importantes são as práticas no âmbito tributário, em que empresas se valem de questionamentos judiciais, com pedidos de liminares, posteriormente cassadas, mas, entretantes, conseguindo evidentes efeitos anticompetitivos que se tomam, posteriormente, irreversíveis, tumultuando os respectivos mercados.

### 3.2. 2º quesito

Indaga-se sobre os interesses jurídicos protegidos pelo artigo 2º do Decreto-lei nº 1.593/77.

Também este quesito já foi respondido nas considerações preliminares. Em síntese, o controle visado pelo Decreto-lei atinge empresas sujeitas à tributação do IPI e caracteriza a imposição de obrigações acessórias, tendo em vista a fiscalização tributária. O registro especial, sob condição de regularidade fiscal, é específico para a sua destinação, isto é, o controle necessário da fabricação de cigarros, sua comercialização, sua importação, portanto, proteção da livre concorrência em um mercado marcado pela sonegação e pela evasão de tributos, usadas, abusivamente, como instrumentos competitivos, que distorcem o livre mercado. Afinal, a imposição de obrigações tributárias especiais acessórias, nos termos do artigo 146-A da CF, tem a finalidade de coibir o consumo de certos produtos ou coibir a evasão fiscal, mas também de coibir o aproveitamento anticoncorrencial, pelos agentes econômicos, de estruturas tributárias vigentes, podendo ser, efetivamente, importante instrumento a serviço da livre concorrência, enquanto condição da livre iniciativa. Podem ser entendidas positivamente, nesse sentido, as obrigações tributárias sob critérios especiais.

### 3.3. 3º quesito

Indaga-se se existe diferença de tratamento, em vista de preservação da livre concorrência, entre a qualificação de uma conduta como mero inadimplemento tributário e como sonegação.

Conforme exposto nas considerações preliminares, a distinção entre as respectivas condutas tem a ver com a noção de concorrência proibida relativa e absoluta. A primeira consiste na possibilidade de produção de efeitos anticoncorrenciais mediante uma conduta que viola uma vedação jurídica de prática de determinada atividade considerada antijurídica. Por exemplo, sonegar tributos, praticar contrabando, falsificar produtos, combinar preços em uma licitação pública. Nesse caso, o agente pode ser punido, por ter cometido ba-

sicamente uma infração por conduta *per se* ilegal, podendo também ser punido pela mesma prática por seu efeito anticoncorrencial. A relativa surge quando o poder público impõe determinados requisitos que devem ser preenchidos para que se possa desenvolver uma atividade, mas estes, não sendo obedecidos, podem gerar infração meramente administrativa, não sendo punidos se reparados, mas produzindo, não obstante, um efeito anticoncorrencial. Nesse caso, os atos praticados serão punidos apenas como infração à concorrência.

Assim, um mero inadimplemento tributário que o contribuinte venha a reparar, pagando o devido acompanhado dos respectivos encargos ou que, tendo discutido a obrigação em juízo, venha a perder a ação, será punido como infração contra a livre concorrência, se do inadimplemento decorrerem efeitos anticompetitivos (eliminação de concorrência, dominação de mercados, abuso de posição dominante, lucros arbitrários). Já uma prática de sonegação é punível diretamente como delito penal, podendo, acessoriamente, ser punida também como infração contra a livre concorrência.

#### 3.4. 4º quesito

Pergunta-se se a omissão normativa ou executiva da autoridade fiscal pode propiciar uma situação de concorrência desleal.

Como exposto anteriormente, o mau funcionamento dos serviços de monitoramento indireto do mercado na fiscalização de medidas tributárias chamadas proibitivas, com função desestimuladora do consumo (altas alíquotas de IPI, exigência de selos e número de unidades de venda para facilitar e tornar eficiente o controle fiscal) pode provocar um ostensivo desequilíbrio na finalidade a ser atingida; por exemplo, altera a formação de preços, de tal modo que a tributação dos produtos onere desigualmente os produtores que atuam legalmente, fazendo com que, por conseqüência, seu acesso pela população consumidora ocorra de forma distorcida. No caso em tela, como informa a consulente, a produção ilegal atinge basicamente o consumidor de menor renda, que acaba por consumir produtos que escapam aos controles de qualidade e nocividade.

## 3.5. 5º quesito

Pergunta-se se a omissão estatal pode ocasionar responsabilidade civil.

Como exposto nas considerações preliminares, conquanto seja inequívoco, ao teor do texto constitucional, o cabimento da responsabilidade objetiva, no caso de atos lícitos que venham a causar danos aos administrados, é, por sua vez, irrecusável a existência de um campo próprio de responsabilidade subjetiva, seja por atos omissos por culpa de serviço, seja por não-funcionamento ou mau funcionamento na execução de tarefas que lhe competem: “quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado [...] é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjetiva*”<sup>36</sup>.

No que se refere à responsabilidade subjetiva da administração pública, há de se convir que danos podem ocorrer para o administrado, decorrentes de uma omissão, obviamente no sentido do descumprimento de um dever legal que lhe impunha evitar um eventual efeito danoso. Ou seja, no caso de responsabilidade subjetiva há exigência de responsabilidade por ilícito, proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa), ademais dos casos de propósito deliberado (*dolo*)<sup>37</sup>.

Contudo, vale recordar a palavra de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “A responsabilidade por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona ou funciona mal ou em atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados”<sup>38</sup>.

O dano de que se fala não é necessariamente apenas um dano patrimonial. O que é afetado pela conduta negligente é um bem integral, que a ordem jurídica protege em favor do sujeito. O que é afetado, em suma, é o direito do administrado, que a omissão administrativa impede de ser exercido plenamente, acarretando-lhe ou não um prejuízo econômico. Ademais, trata-se de dano certo, isto é, não eventual, mas concretizável realmente, ainda que no futuro.

36. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Op. cit.*, p. 854 ss.

37. *Idem*, p. 855.

38. *Idem*, p. 858

### 3.6. 6º quesito

Indaga-se sobre os instrumentos administrativos e judiciais disponíveis para fazer frente à infração contra a livre concorrência com base tributária.

O quesito já foi respondido no correr das considerações preliminares. Em síntese, mencionem-se os instrumentos administrativos da Lei nº 8.884/94, cujo rol de práticas que podem produzir os efeitos anticoncorrenciais é exemplificativo, nada obstando que ali se incluam práticas caracterizadoras de concorrência proibida, absoluta e relativa. Em termos preventivos, as obrigações tributárias acessórias do Decreto-lei nº 1.593/77 também devem ser mencionadas. Por fim, há de se lembrar que, pela Lei nº 8.884/94, os prejudicados, por si ou pelos legitimados pela Lei do Consumidor (Lei nº 8.078/90), poderão ingressar em juízo para a defesa de seus direitos individuais ou individuais homogêneos para obter a cessação de práticas que constituam infração contra a ordem econômica, bem como para o recebimento de indenizações (art. 29).

### 3.7. 7º quesito

Pergunta-se sobre o descumprimento da legislação fiscal, como impeditivo do desempenho da atividade por ela visada.

Entendo que a questão se reporta às obrigações acessórias constantes do Decreto-lei nº 1.593/77. Essa legislação prevê tais obrigações como condição do exercício das atividades que menciona. O seu descumprimento impede o referido exercício.

Afinal, o artigo 1º determina que a fabricação de cigarros será exercida *apenas* por empresas que mantenham *registro especial* na Secretaria da Receita Federal. O artigo 2º prevê o cancelamento do registro em caso de ocorrência de certos fatos que discrimina, impondo, inclusive, penas administrativas para o caso de falha no controle automático de produção. Atente-se para as multas impostas. Na hipótese de inoperância do contador (art. 1º-A), a produção deve ser interrompida e comunicada à SRF. Se não for interrompida, haverá multa não inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corres-

pondente a 100% do valor da mercadoria produzida no período de interrupção, sem prejuízo das demais sanções fiscais e penais (§ 2º). E sem prejuízo, haverá ainda multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a não-comunicação. No caso, o fim colimado é não apenas punir pelo descumprimento de uma disposição administrativa de ordem burocrática, mas impedir, efetivamente, que o descontrole da produção afete o mercado na forma de um abuso concorrencial.

### 3.8. 8º quesito

Pergunta-se se o Decreto-lei nº 1.593/77 respeita o devido processo legal.

Como já esclarecido anteriormente, é importante assinalar, em termos de devido processo legal, que o Decreto-lei prevê, para o ato que indefere o pedido de registro, recurso ao Secretário da Receita (art. 1º, § 5º). Do mesmo modo, o artigo 2º, § 5º, prevê recurso ao Secretário, sem efeito suspensivo, para o ato que cancelar o registro. Além disso, na hipótese de cancelamento por prática de conluio, fraude ou crime contra a ordem tributária, o artigo 2º, III, prevê sua efetivação apenas após o trânsito em julgado da correspondente decisão judicial. Por sua vez, se o cancelamento da autorização para funcionar ou sua ausência implica a apreensão dos produtos em elaboração e acabados, estoques de matéria prima e materiais de embalagem (art. 2º, § 6º), o estoque será liberado se o registro for restabelecido ou concedido (§ 7º).

### 3.9. 9º quesito

Pergunta-se se o Decreto-lei nº 1.593/77 viola ou fortalece a livre iniciativa.

Por todo o exposto nas considerações preliminares, entendo que o referido decreto-lei fortalece a livre iniciativa, sendo perfeitamente adequado em termos de razoabilidade aos fins a que se destina, mantendo-se dentro das exigências do princípio da neutralidade concorrencial do Estado.

É o que tinha a opinar, sendo este o meu parecer.

smj.