

A (Ir)retroatividade dos Direitos *Antidumping*

Adilson Rodrigues Pires

Advogado
Doutor em Direito Econômico e Sociedade pela UGF
Professor-Adjunto de Direito Financeiro da UERJ

1. Razões do Reconhecimento da Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal

Em 9 de dezembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 632.250-SC, abrindo margem para as discussões acerca da aplicação, ou não, da regra da irretroatividade da lei, prevista na Constituição da República, aos Direitos *Antidumping* incidentes sobre mercadorias importadas. Trata-se de assunto da maior relevância, tendo em vista o interesse de grande número de importadores brasileiros alcançados por medidas de proteção da economia.

No caso em tela, o importador alega violação do princípio da irretroatividade da lei pelo ato que determinou a aplicação dos direitos. Alega que o contrato de compra e venda firmado com o exportador em 2.008, que configura o momento da tradição efetiva da mercadoria importada, antecedeu a entrada em vigor da Resolução nº 79, expedida pela Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), órgão colegiado vinculado à Presidência da República, que detém a competência para a aplicação dos Direitos *Antidumping*.

Nestes termos, a incidência da resolução fere direito adquirido da Autora, tendo em vista que, segundo o princípio da irretroatividade da lei, o ato administrativo não pode alcançar fatos já consolidados no tempo. A interessada sustenta que a importação se perfaz com a assinatura do contrato, pelo qual o exportador vende a mercadoria e se compromete a entregá-la no país de destino.

Em termos jurídicos, a mercadoria estrangeira somente deixa de pertencer ao exportador e passa para as mãos do importador no momento em que é emitida a fatura comercial ou a fatura *pro forma*, independentemente da entrega física, ou seja, basta a emissão do documento translativo da propriedade sobre o bem para que se proceda à mudança da situação jurídica.

No caso em tela, a empresa, com base em contrato de compra e venda celebrado com o produtor vendedor, importou mercadorias sobre as quais a CAMEX, após a apuração da prática de concorrência desleal, decidiu pela aplicação de Direitos *Antidumping* com efeitos sobre todas as demais importações de produto idêntico.

Lembra o Relator do Recurso Extraordinário, Ministro Joaquim Barbosa, que a “crescente complexidade das relações sociais e econômicas” é responsável pelos inúmeros precedentes sobre violação das garantias constitucionais levados a julgamento pelo STF. Entre eles, cabe citar, pela pertinência da matéria, o RE 224.285, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa, que discute a questão da alteração da alíquota do Imposto de Importação e a sua incidência sobre bens já ingressados no território nacional e ainda não submetidos a despacho de importação. Pela similitude entre ambos, os dois Recursos Extraordinários estão correlacionados e justificam a Repercussão Geral.

Com efeito, é visível a proximidade dos temas, o que levou a submissão do julgado à regra estabelecida pela Emenda Constitucional nº 45/04, no entendimento da Corte Suprema.

2. A Fundamentação Constitucional e Legal

Preliminarmente, cabe lembrar que, entre outras garantias, o art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República, assegura a prevalência do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada sobre a lei. O comando constitucional, que enfeixa pressupostos inalienáveis dos direitos dos cidadãos, deve ser interpretado em combinação com o art. 150, inc. III, al. a, que trata da certeza e segurança jurídicas e se projeta no art. 105, do Código Tributário Nacional, instituindo no campo tributário o princípio da irretroatividade da lei.

Além dos dispositivos citados, o Imposto de Importação é regido, também, pelo art. 150, inc. III, al. b, da Carta Magna, que veda a cobrança de tributos antes do início de vigência da lei ou do ato que o tenha majorado.

Considerando pacífica a ideia de que o princípio da irretroatividade da lei é aplicado nas hipóteses de criação ou de aumento de tributos, mais especificamente para evitar que o ônus tributário alcance fatos gerados já ocorridos, torna-se oportuno analisar a possibilidade de sua extensão aos Direitos *Antidumping*. Esse estudo requer reflexão sobre a natureza jurídica dos Direitos *Antidumping*, condição básica para que se possa concluir pela retroatividade, ou não, dos direitos apontados.

Segundo os poucos doutrinadores que se debruçaram sobre o assunto, os Direitos *Antidumping* podem ostentar a natureza jurídica de tributo, como Adicional ao Imposto de Importação, de sanção, em face da ilicitude do *dumping*, ou financeiro, tendo em vista o caráter de compensação que representa. Vale dizer que apenas nos casos de assumirem a natureza de tributo ou de penalidade os Direitos *Antidumping* não retroagem no tempo. Noutra caso, ou seja, como compensação financeira, nada obsta a sua aplicação retroativa.

3 . A Ocorrência de Práticas Abusivas no Comércio Internacional

De início, cabe recordar que a complexidade das relações de troca de mercadorias e o permanente estado de tensão e instabilidade econômica, que resultam da concorrência cada vez mais acirrada, induzem os governos à concessão de incentivos de toda sorte, sejam fiscais, financeiros ou cambiais, além de outros, como forma de compensar o desequilíbrio no comércio com outras nações. A concessão generalizada de incentivos pelos governos em todo o mundo, evidentemente, gera a necessidade de controle mais rigoroso sobre o fluxo de serviços e bens transacionados.

Por sua vez, a intensificação do comércio de mercadorias provoca o crescimento acentuado dos litígios submetidos a julgamento pelo Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial de Comércio (OMC), responsável pelo cumprimento do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio e de outros aprovados com a Ata Final da Rodada Uruguai e por zelar pela manutenção da liberdade no comércio entre as nações.

Uma vez comprovada a violação dos objetivos previstos no GATT, é aplicado o Entendimento para a Solução de Controvérsias, conjunto de normas que prevê a adoção de medidas corretivas, a saber, a recomposição do *status quo ante*, a compensação financeira ou a retaliação. O objetivo maior do órgão é a preservação da liberdade de comércio, regra prevista no preâmbulo do acordo de comércio.

No Brasil, a guarda da Constituição exige a manifestação do STF toda vez que uma norma interna viola dispositivos da Lei Maior, mormente quando regras do Direito Internacional estão em discussão. Importa destacar, neste tema, o art. 98, do Código Tributário Nacional (CTN), que dispõe sobre a supremacia dos tratados e das convenções internacionais em relação à legislação interna, matéria ainda não totalmente pacificada pelo STF, que não será aqui discutida, tendo em vista a impertinência com a questão aqui tratada.

No caso concreto, objeto de Repercussão Geral, a relevância reside na definição do marco temporal que sinaliza em direção aos efeitos da retroatividade ou da irretroatividade em casos de aplicação de Direitos *Antidumping*. A similitude entre o fato gerador da obrigação tributária relativa ao imposto de importação e o motivo pelo qual são exigidos os Direitos *Antidumping*, conduz a uma possível igualdade de tratamento nos dois casos.

Em outras palavras, trata-se de perquirir sobre as hipóteses de ocorrência do fato gerador do imposto de importação e de fixação do momento em que se verifica o termo *a quo* para fins de aplicação dos Direitos *Antidumping* sobre mercadoria importada, sobretudo com vistas a observar a aplicação uniforme da lei no tempo.

4. Aplicação “Retroativa” do Imposto de Importação

É oportuno recordar que o Imposto de Importação incide sobre mercadoria estrangeira importada. Nos termos do que dispõem o art. 19, do CTN, e o art. 1º, do Decreto-Lei nº 37/66, constitui fato gerador do imposto a entrada da mercadoria no território nacional,

Contribuinte do imposto é toda pessoa física ou jurídica responsável pela introdução do bem no país. Constitui base de cálculo, conforme o Código de Valoração Aduaneira, adotado no Brasil desde 23 de julho de 1.986, o preço pago ou a pagar pela mercadoria entrada no país, com os acréscimos e deduções permitidos pelo acordo, que disciplina o art. VII, do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), firmado pelo Brasil no ano de 1.947.

Insta destacar o caráter extrafiscal do Imposto de Importação, razão pela qual a alíquota do imposto pode ser majorada ou reduzida de imediato e sem necessidade de um instrumento legal para se atingir esse fim. O caráter regulatório do Imposto de Importação visa proteger a economia do país contra a concorrência desleal, como ocorre no *dumping*, ou nivelar os preços de venda no mercado doméstico, de bens importados e de bens produzidos internamente, fazendo com que a carga tributária não interfira na concorrência.

A fixação da alíquota máxima do Imposto de Importação em 35%, resultante do Protocolo de Assunção, de 26 de março de 1.991, que estabeleceu as bases para a formação do Mercosul, constituiu importante ferramenta para a mudança da política tributária no plano internacional, atribuindo ao Imposto de Importação, em definitivo, a

função econômica em substituição ao forte protecionismo que caracterizou a economia do país por muitos anos.

As alíquotas incidentes sobre as mercadorias ingressadas no território nacional são as constantes da Tarifa Externa Comum (TEC), baseada na Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), que, por sua vez, tem por base o Sistema Harmonizado de Codificação e Classificação de Mercadorias (SH).

Em regra, o Imposto de Importação é calculado mediante a aplicação de uma alíquota *ad valorem* sobre uma base de cálculo expressa pelo valor aduaneiro da mercadoria.

A base de cálculo é obtida mediante a conversão da moeda estrangeira, objeto do contrato de câmbio celebrado entre importador e exportador, para a moeda nacional. A taxa de câmbio utilizada para esse fim é alterada diariamente por ato da Secretaria da Receita Federal do Brasil divulgado através do Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex).

Assim, é fácil imaginar a dificuldade de se calcular o imposto devido quando a mercadoria transpõe a linha imaginária acima aludida no instante em que ocorre a mudança da taxa de câmbio, isto é, exatamente à meia noite. Deve-se precisar o momento exato da entrada no país, visto que milésimos de segundos de diferença resultam em diferentes valores de imposto, com reflexos no IPI e no ICMS devidos.

O silêncio do acordo, bem como da legislação brasileira, obriga o intérprete a tecer profunda consideração sobre o momento em ocorre a prática do *dumping*, visto inexistir jurisprudência que faça referência ao termo *a quo* para aplicação dos Direitos *Antidumping*.

Já, o art. 23, do Decreto-Lei nº 37/66, que codifica as normas atinentes ao Imposto de Importação e reorganiza os serviços aduaneiros, estatui que o fato gerador do imposto, para efeito de lançamento, ocorre no momento em que a Declaração de Importação é registrada na repartição aduaneira onde se processa o despacho de importação da mercadoria.

O registro da importação, no entanto, não pode ser efetuado antes que a mercadoria tenha chegado ao ponto de destino no país, seja um porto, um aeroporto ou um ponto de fronteira, a fim de garantir a Fazenda Nacional contra possíveis fraudes.

Desse modo, a alteração da alíquota do Imposto de Importação terá que ser publicada antes do registro da documentação na alfândega de jurisdição do ponto de entrada da mercadoria.

Com isso, o Decreto-Lei cria uma ficção que permite calcular o imposto de importação devido a partir de um dado concreto e palatável, a saber, o registro da documentação referente à operação de entrada da mercadoria no país. Diante da impossibilidade prática de se precisar o instante em que a mercadoria importada cruza o limite territorial do Estado brasileiro, o art. 23, de maneira singular, resolveu a questão do cálculo do imposto sobre a importação.

Assim, é válido afirmar que a definição de fato gerador do Imposto de Importação, encontrada no CTN, ou seja, a entrada do produto estrangeiro no território nacional, é compatível com o momento de incidência do imposto, qual seja aquele em que, efetivamente, se inicia o despacho aduaneiro com vistas à internalização da mercadoria.

O antigo Tribunal Federal de Recursos já havia cristalizado esse entendimento mediante a edição da Súmula nº 4, vazada nos seguintes termos:

Súmula nº 4 – É compatível com o art. 19 do Código tributário Nacional a disposição do art. 23 do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966.

Na década de noventa, inúmeros importadores, que contestaram o aumento da alíquota do imposto de importação sobre veículos automotores importados, exigido com base em decreto do Presidente da República publicado em momento posterior ao embarque da mercadoria no exterior, mas antes do início do despacho aduaneiro de importação, não obtiveram êxito em sua pretensão.

Preliminarmente, vale lembrar que o Imposto de Importação se insere entre as exceções ao princípio da legalidade, como prevê o art. 153, § 1º, da Constituição da República, assim como aos princípios da irretroatividade, que se encontra no art. 150, inc. III, al. a, e da anterioridade da lei, constante do art. 150, inc. III, al. b. No primeiro caso, a exceção diz respeito, não só ao exercício financeiro, como também à anterioridade chamada nonagesimal.

Para alcançar o fim desejado, é suficiente que o ato do Poder Executivo que alterou a alíquota seja publicado antes da ocorrência do fato gerador do imposto, sendo irrelevante tratar-se de decreto, ato ministerial ou resolução da CAMEX.

5. O Imposto de Importação como Exceção aos Princípios da Irretroatividade e da Anterioridade da Lei

Segundo o brocardo romano *tempus regit actum*, os atos praticados sob a égide do direito devem ser regidos pelas leis em vigor no momento em que são praticados. Essa regra, de caráter universal, foi erigida à categoria dos princípios constitucionais.

Evidentemente, como toda regra, o princípio da irretroatividade da lei admite exceções, sendo uma delas o Imposto de Importação, dada, como se disse acima, a função regulatória que o caracteriza.

Como corolário da irretroatividade e, a fim de preservar a segurança jurídica dos contribuintes, a Carta Magna também estabelece que a lei só pode ser aplicada aos fatos geradores ocorridos a partir do primeiro dia do exercício seguinte ou após decorridos 90 dias da data da publicação da lei.

5.1 O I. I. incidente sobre a Importação de Veículos Automotores

A exceção ao princípio da legalidade permitiu que o Presidente da República expedisse, em 1.995, os Decretos nº 1.391 e nº 1.427. O primeiro incluiu algumas categorias de automóveis na Lista de Exceções à Tarifa Externa Comum (TEC), enquanto o segundo elevou a alíquota *ad valorem* do Imposto de Importação incidente sobre os automóveis listados no decreto anterior, além de outros produtos nele incluídos, de 32% para 70%.

Como fundamento, alegaram as autoridades públicas que o crescimento da importação de veículos ameaçava a saúde econômica da indústria automotiva nacional, além de agravar o déficit da balança comercial, tendo em vista a saída considerável de divisas do país para pagamento das importações.

Em precedente sobre essa questão, o Ministro Carlos Velloso, no voto proferido quando do julgamento do RE 225.602-8/CE, ratificou a constitucionalidade da exceção do imposto de importação ao princípio da legalidade, asseverando que

a lei de condições e de limites para a majoração da alíquota do imposto de importação é lei ordinária, dado que a lei complementar somente será exigida se a Constituição, expressamente, assim determinar. No ponto, a Constituição excepcionou a regra inscrita no art. 146, II.

Entre os argumentos levantados contra o Decreto nº 1.427/95, que elevou a alíquota incidente sobre a importação, um deles se referia ao limite de 30% para a majoração, conforme previsto na lei nº 8.085/90. Qualquer alteração acima desse limite deve ser considerada desproporcional e, portanto, insustentável.

A autorização constitucional para a fixação da alíquota *ad valorem* não confere poderes ao Presidente da República para exceder discricionariamente os parâmetros estabelecidos em lei. Conquanto exceção ao princípio da legalidade, e mesmo considerando tratar-se de imposto por natureza sujeito a contingências de ordem econômica, o limite legal deve ser obedecido.

Na ocasião, o Presidente da República alegou que a majoração da alíquota para 70% constituía medida absolutamente necessária para reprimir a evasão de divisas e restabelecer o estímulo à produção nacional de veículos. Alguns países, como a Argentina, os Estados Unidos, a Coreia do Sul e o Japão, além da União Europeia, contestaram o governo brasileiro, que mais tarde foi instado a retroceder da decisão.

Vale acrescentar que os atos praticados pela administração pública devem ser motivados para que tenham validade e aptidão para integrar o ordenamento jurídico pátrio. Todavia, convém deixar claro que a motivação não consta do ato baixado, mas sim do processo administrativo que o motivou ou da Exposição de Motivos, como, há muito, já decidiu o STF em voto do então Ministro Soares Muñoz, no RE 93.770-RJ, não reproduzido por despicendo.

A discricionariedade prevista nos decretos assinados encontra respaldo em toda a estrutura jurídica nacional, particularmente, no art. 153, § 1º, que autoriza a exceção mencionada, assim como pelo disposto no art. 146, inc. II, do CTN, respeitados os parâmetros estabelecidos em lei.

No RE 224.285, alegava-se que a elevação da alíquota ocorreu após a assinatura do contrato de compra e venda do produto importado, momento em que se efetivou a mudança de titularidade do bem.

5.2 As Decisões Judiciais que confirmam a Exceção ao Princípio da Anterioridade da Lei

Em que pese a complexidade que envolve uma importação, que se inicia com os primeiros contatos e a negociação entre comprador e vendedor, o fato que materializa e produz consequências jurídicas concretas, sem dúvida, é o registro da Declaração de Importação no Siscomex.

O legislador, recorde-se, tem inteira liberdade para dispor sobre o conteúdo das normas legais, limitando-se apenas pela razoabilidade e pela coerência dos comandos com os princípios e institutos jurídicos.

Considerar que o fato gerador na importação é representado pela assinatura de contrato de compra e venda, ponto fulcral do Recurso Extraordinário 632.250-SC, é falácia, visto que, não obstante o momento em que se configura a transmissão da propriedade do bem, o legislador optou por considerar ocorrido o fato gerador, para fins de lançamento do crédito tributário, na data do registro da documentação relativa à importação na repartição aduaneira de despacho.

O contrato, alegado pela parte, foi respeitado pela autoridade fiscal. Todavia, o efeito que daí decorre é, muitas vezes, imprevisível devido às vicissitudes a que está sujeito após a sua formalização, como, por exemplo, a sua rescisão, eventual acidente ocorrido no trajeto até o ponto de destino, a exportação do produto pode ser proibida, a venda no país de destino pode sofrer alguma restrição ou, ainda, a mercadoria pode extraviar-se ou se deteriorar, entre outras possibilidades. Por todas essas razões, o registro da documentação constitui o procedimento que melhor caracteriza a efetiva entrada do produto no país.

É incabível, desse modo, sustentar que a assinatura do contrato partes constitui ato jurídico perfeito para fins tributários, garantia inafastável prevista no art. 5º, inc. XXXVI, da Carta constitucional.

Confirmando esse entendimento, frise-se que o § 2º, do art. 1º, do Decreto-Lei 37/66, preconiza que se considera entrada no território nacional a mercadoria que constar como embarcada e cuja falta venha a ser apurada pela autoridade aduaneira.

Nessas circunstâncias, e desde que o ato administrativo tenha sido editado antes do registro da documentação na repartição aduaneira, não há que falar em violação do princípio da anterioridade ou, mesmo, da irretroatividade da lei.

O que se indaga é se o ato foi editado e publicado antes da ocorrência do fato gerador. Nos dois casos, ou seja, na data de entrada da mercadoria e na data do registro da documentação, os decretos já haviam sido publicados. Não há, portanto, que se falar em violação da anterioridade ou da irretroatividade da lei, uma vez que nenhum deles pode ser desconsiderado como fato gerador do Imposto de Importação, em favor da data da assinatura do contrato de compra e venda.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil, entendendo que se tratava de direitos aplicáveis *erga omnes*, ou seja, a todo e qualquer importador que se enquadrasse

naquela hipótese, exigiu tributos sobre a importação de veículos entrados no país após a publicação dos decretos referidos.

6. A Opção do Produtor pela Venda no Mercado Externo e o *dumping*

A opção pela exportação decorre da maior elasticidade de preços, em função da maior demanda de produtos, que caracteriza o mercado externo. A expansão interna dos negócios opera-se em ritmo mais lento, restringindo as oportunidades e, conseqüentemente, reduzindo o lucro e desestimulando os investimentos.

Dessa forma, os preços dos produtos vendidos no próprio país tendem a ser mais estáveis, enquanto que nas vendas para terceiros países é possível vislumbrar-se possibilidades mais amplas de comercialização.

Dessa forma, a escolha feita pelas empresas no sentido de vender seus produtos no mercado externo, mais atraente, como se disse, deve-se, em grande parte, à necessidade de segurança econômica e financeira do vendedor.

O redirecionamento das vendas previne a oscilação de preços e resulta em maior tranquilidade para os produtores, uma vez que o ganho obtido nas exportações é capaz de suportar eventual queda nas vendas para o mercado doméstico. Em que pese o fato de que o ganho marginal conquistado nas vendas a outros mercados seja maior, a probabilidade de ocorrência de práticas danosas contra a economia do país receptor, como o *dumping*, por exemplo, é igualmente grande.

Diversos autores procuram definir *dumping*, palavra originária do verbo *to dump*, - em português, depositar, lançar ou descarregar alguma coisa - a partir da comparação do preço de um produto normalmente praticado no mercado interno e preço de venda para exportação.

7. Definição e Características do *dumping*

A liberdade de comércio, objetivo maior perseguido pelo Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, o GATT 1994, sucessor do acordo de 1.947, permite aos países lançarem mão de diversos mecanismos de defesa e proteção comercial e econômica contra abusos ou ilícitudes praticados por empresas exportadoras ou governos. Neste último caso, está-se referindo aos subsídios concedidos pelos Estados-membros da OMC.

As medidas previstas reúnem aquelas que dizem respeito à proteção da saúde, da moralidade pública, da segurança nacional e de defesa comercial, tais como os Direitos *Antidumping*, os direitos compensatórios e as medidas de salvaguarda.

A propósito, diz o artigo 2, do Acordo para Implementação do Artigo VI, do GATT/94, internalizado no país pelo Decreto nº 1.355/94, com vigência a partir de 1 de janeiro de 1.995:

Para as finalidades do presente Acordo, considera-se haver prática de dumping, isto é, oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior àquele praticado, no curso normal das atividades comerciais, para o mesmo produto quando destinado ao consumo no país exportador.

Para a aferição do preço normalmente praticado, o Acordo prevê a adoção de critérios que levam em conta a comparação de preços, estabelecendo que, não havendo preço comparável, a margem de *dumping* será determinada com base na comparação do preço de produto similar exportado para um terceiro país, ou com o custo de produção no país acrescido de montante razoável por conta de custos administrativos, comercialização e lucros, além de outros fatores, o que se denomina “valor construído”.

Segundo Joël Boudant¹, o art. VI, do GATT derivou da necessidade de harmonização das legislações nacionais no plano internacional, com o fim de evitar que os governos dos países fizessem uso indevido dos Direitos *Antidumping*, impondo-os como barreira de proteção contra a concorrência julgada desleal.

Assim, o Acordo *Antidumping* visou uniformizar os conceitos consagrados nas diversas legislações e padronizar medidas repressoras, com o objetivo de disciplinar e incentivar a troca de produtos em todo o mundo.

Diversos são os conceitos de *dumping*, embora haja um consenso entre os autores que decorre da própria definição contida no art. 6, do GATT. A título de exemplo, veja-se a lição de Umberto Forte², abaixo transcrita.

o dumping consiste na venda para o exterior de um produto a preço muito inferior àquele praticado no mercado interno, preço este muitas vezes inferior ao custo de produção, com o fim de conquistar ou dominar um determinado mercado externo.

¹ BOUDANT, Joël. *L'Antidumping Communautaire*. Paris: Economica, 1991, p. 26.

² FORTE, Umberto. *União Europeia*, trad. Ana Tereza Marino Falcão. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 335.

Outros autores, no entanto, como Daniel Azúa³, condicionam a prática do *dumping* ao dano ou à ameaça de dano causado pela venda no país importador. Assim o autor define o *dumping*, nos termos do que dispõe o art. VI, do GATT, como a

discriminação de preços entre dois mercados, o que acontecerá quando uma mercadoria for vendida no mercado exterior a preços inferiores aos do mercado interno, causando dano à atividade industrial do país importador.

Releva notar, com Daniel Azúa, que o Acordo Multilateral de Comércio de 1.947 estrema-se do conceito clássico da figura em tela, pois só admite a prática desleal, quando a venda causa dano ou ameaça causar dano material à indústria do país importador, ou, ainda, quando retarda a instalação de planta industrial projetada e aprovada pelas autoridades do país importador. A intenção de simplesmente conquistar e dominar o mercado não é mais elemento suficiente para caracterizar a prática lesiva, sendo o dano – ou a ameaça de dano – materialmente provados, a condição necessária e imprescindível à caracterização do *dumping*.

É o que dispõe o artigo 3, do AAD, segundo o qual a determinação do dano deve estar baseada em provas materiais e incluir exame objetivo do volume das importações a preços de *dumping* e do seu efeito sobre os preços de produtos similares no mercado interno, além do consequente impacto de tais importações sobre os produtores nacionais desses produtos.

Vale concluir que a prática do *dumping* viola os padrões concebidos para uma concorrência normal nas relações de compra e venda entre exportadores e importadores.

7.2 A Defesa do Consumidor

Welber Barral⁴ aponta “uma distância epistemológica entre a abordagem econômica e a abordagem jurídica do *dumping*,” ressaltando que esta última dificulta a categorização, não só do fundamento jurídico, como também da natureza jurídica do *dumping*. Reconhece o autor que a intenção de inundar o mercado comprador de

³ AZÚA, Daniel E. Real. *O Neoprotecionismo e o Comércio Exterior*. São Paulo: Aduaneiras, 1986, p. 126.

⁴ BARRAL, Welber Oliveira. *dumping e Comércio Internacional: A Regulamentação Antidumping após a Rodada Uruguai*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 34.

produtos é vista como uma conduta nefasta e, por isso, deve ser reprimida mediante a imposição de medidas protetivas.

A defesa do consumidor, entretanto, não pode ser confundida com a defesa da concorrência, ou, melhor dizendo, o interesse industrial não coincide, via de regra, com o interesse da economia nacional. Essa confusão decorre da análise precipitada dos efeitos da venda de mercadoria por preço abaixo do praticado no mercado interno do país exportador.

Hindley e Messerlin⁵ vão mais além ao ressaltarem que, mesmo as empresas que dominam determinado mercado, podem vender seus produtos por preços consideravelmente mais baixos, a fim de competirem com seus concorrentes diretos, ao passo que estes, em contrapartida, tudo farão para excluí-los do mercado.

A partir dessa afirmação, concluem que só o *dumping* praticado com a intenção de prejudicar o funcionamento normal do mercado é de ser condenado. A empresa que pratica o *dumping* não é, por essa única razão, injusta ou desleal com os demais *players* do mercado.

Como exemplos de comercialização de bens a preços abaixo dos preços abaixo do normal, citam os autores a venda de produtos que não satisfazem o gosto dos consumidores, cujo preço de venda esteja sobrevalorizado, que seja inadequado à utilidade ou à necessidade do consumidor ou, ainda, que não compreendam serviços de reparo e manutenção eficientes.

7.2 A Defesa da Concorrência

Aqui, mais uma vez nos socorremos de Welber Barral⁶, para quem “a livre concorrência nem sempre é assegurada através da legislação *Antidumping*.” Pelo contrário, num primeiro momento, diz ele, a concorrência é estreitada mediante o afastamento de produtos estrangeiros impedidos de competir no mercado, provocando um reajuste de preços para cima, em função da restrita quantidade de fornecedores em ação.

Quanto menor o número de concorrentes, menor será o tamanho do mercado. Sob outra perspectiva, quanto mais restrita e fechada a oferta, maior o preço praticado. Sendo um dos objetivos do GATT a eliminação de toda e qualquer barreira ao comércio

⁵ HINDLEY, Brian e MESSERLIN, Patrick A. *Antidumping Industrial Police*. Washington: The AEI Press, 1996, p. 14.

⁶ BARRAL, Welber Oliveira. *dumping e Comércio Internacional: A Regulamentação Antidumping após a Rodada Uruguai*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 36.

internacional, a redução artificial do volume de vendas, mesmo que de iniciativa oficial com o intuito de eliminar danos à economia, deve ser vista com reservas.

Assim, só o mercado ampliado, em que o número de produtos oferecidos seja suficientemente grande é capaz de estabelecer o equilíbrio saudável de preços com vantagens para os consumidores.

Na sequência desse raciocínio, vale aduzir que o aumento de preços leva, inevitavelmente, à intervenção estatal, mediante a concessão de subsídios à produção e à comercialização interna e externa, a expansão de financiamentos por bancos oficiais, a concessão de isenções a título de incentivos destinados a alavancar a produção ou a venda, entre outros meios de atuação no domínio econômico privado.

Sob outra perspectiva, persistindo a prática do *dumping*, não necessariamente a economia do país será afetada. É o que afirma Guillermo Cabanellas⁷, para quem

debe precisarse cuál es su efecto sobre la estructura competitiva del mercado importador. Si ésta no resulta perjudicada, no existiría una conducta sujeta a la legislación de defensa de la competencia.

Com efeito, ainda que o resultado seja danoso à economia do país importador, o nível do prejuízo é tão pequeno, que não configura posição dominante no mercado que sujeite o importador à imposição de medidas restritivas. Conquanto os preços dos produtos ofertados no mercado importador possam ser baixos o suficiente para que haja um predomínio no fornecimento, ao longo do tempo o mercado vai se acomodando a ponto de fazer surgirem novos concorrentes, conclui o professor argentino.

Um mercado excessivamente regulado não se harmoniza com as normas de Direito Internacional, nomeadamente, o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio.

Com toda propriedade, Eduardo Lessa Bastos⁸ alerta para o intervencionismo, por vezes inoportuno ou levado a cabo por conveniência, que, afinal, pode causar dano maior ao equilíbrio econômico que o próprio *dumping*.

Confirmam-se abaixo as palavras do autor.

⁷ CABANELLAS, Guillermo. *El dumping. Legislación Argentina y Derecho Comparado*. Buenos Aires: Heliasta, 1981, p. 68/69.

⁸ BASTOS, Eduardo Lessa. *Estudo Analítico do dumping na Esfera Internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 85.

geralmente, os países adotam medidas Antidumping quando os produtores locais, no mercado importador, são mais bem organizados que os consumidores ou quando os governos locais considerem a existência dessa legislação específica como uma proteção (...).”

Em face do exposto, fácil é concluir que o excesso de proteção e de incentivos distorce de tal maneira o mercado, de forma a atingir a liberdade de iniciativa e de estabelecimento, além de limitar a concorrência, em claro prejuízo dos consumidores.

8. Os Direitos *Antidumping* e sua Natureza Jurídica

A legislação *Antidumping* visa compensar a prática abusiva mediante a aplicação de direitos que desestimulem as vendas em condições que afrontam a livre concorrência, independentemente de sua modalidade, quais sejam, o predatório, o defensivo, o inverso, o recíproco ou qualquer outra. A aplicação dos direitos, contudo, não pode servir para reduzir o volume de bens transacionados no mundo. Por isso mesmo, na fase de apuração, é possível que o compromisso de preços, firmado entre exportador e importador, previna a aplicação de direitos.

A Lei nº 9.019/95 dispõe sobre a aplicação dos Direitos *Antidumping* e compensatórios de subsídios. Hoje, o *dumping* é regulamentado pelo Decreto nº 8.058/13, publicado em 29 de julho deste ano, que prevê a adoção dos procedimentos administrativos com vistas à aplicação dos direitos provisórios, caso assim se decida, e dos definitivos, além do prazo de vigência e dos mecanismos de revisão da aplicação dos direitos.

A natureza jurídica dos Direitos *Antidumping* tem gerado enorme controvérsia entre os autores, embora seja fundamental para a definição da retroatividade ou não dos Direitos *Antidumping*. Com efeito, o caráter tributário, punitivo ou de compensação financeira influirá decisivamente na possibilidade de retroagirem ou não os direitos aplicados.

Alertando para a profunda divergência conceitual exposta pelos autores, serão vistos e analisados, a seguir, alguns desses posicionamentos, que, resumidamente, tratam os Direitos *Antidumping* como uma espécie tributária, para os mais conservadores, certamente, como uma forma de sanção pela prática de ato ilícito ou, ainda, uma mera compensação financeira.

Em que pese os argumentos utilizados, assim como as críticas eventualmente feitas a cada uma dessas correntes doutrinárias, a verdade é que até o momento não há, ainda, uma palavra definitiva e convincente sobre o assunto.

8.1 A Natureza Tributária dos Direitos *Antidumping*

Inicialmente, deve-se analisar a hipótese de os Direitos *Antidumping* assumirem características de tributo, qual seja, de Adicional ao Imposto de Importação. Entendem os adeptos dessa teoria que os direitos são calculados mediante a aplicação de uma alíquota, *ad valorem* ou específica, sobre o valor da mercadoria importada, tal qual o Imposto de Importação.

Com base em Bernardo Ribeiro de Moraes⁹, adicional de imposto, imposto é. Ou, nas exatas palavras do mestre, “o adicional , como o nome indica, é algo que se acrescenta ao tributo anterior, preservando a mesma natureza da espécie tributária, o que confirma a suposição.”

Visto por outro ângulo, os direitos incidentes no momento da entrada da mercadoria são aplicados sobre os importadores, por definição contribuintes do imposto de importação, segundo o Decreto-Lei ° 37/66.

Nestes termos, é de se aceitar a ideia da retroatividade, prevista no art. 144, do Código Tributário Nacional, segundo o qual o fato gerador do tributo se rege pela lei vigente ao tempo da sua ocorrência.

Adilson Rodrigues Pires¹⁰ admite que esse raciocínio, em que pese rejeitá-lo, não autoriza outra conclusão se não a da retroatividade. Diz o autor, *in verbis*:

Nestes termos, atribuir caráter de imposto de importação adicional aos Direitos Antidumping conduz à suposição de que as medidas Antidumping constituiriam uma exação aplicada retroativamente (...).

Só este dado, entretanto, não é suficiente para confirmar a natureza tributária dos Direitos *Antidumping*, mesmo que se considere a liberdade do legislador ordinário para a escolha do fato gerador e do contribuinte dos tributos, limitando-se, porém, a observar o critério de razoabilidade.

⁹ MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 197.

¹⁰ PIRES, Adilson Rodrigues. *Práticas Abusivas no Comércio Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 149.

Ainda uma importante consideração diz respeito ao caráter público da receita tributária, o que a torna indisponível. Ora, os Direitos *Antidumping* são aplicados facultativamente, isto é, o valor pode não ser exigido ou pode ser reduzido em razão de aspectos econômicos, sociais ou políticos.

Vale recordar que, embora a Resolução nº 1.227/87, do extinto Conselho de Política Aduaneira, do Ministério da Fazenda, literalmente, conferia a natureza tributária aos direitos aplicados, o parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.019/95, retira-lhe esse caráter. Dizia, expressamente, o art. 1º, da Resolução que os Direitos *Antidumping* e os direitos compensatórios têm natureza de “imposto de importação adicional.”

A natureza jurídica do tributo, conforme estatui o Código Tributário Nacional, em seu art. 3º, em que define tributo, independe do nome pelo qual é denominado pela lei. Essa aberração jurídica, felizmente, foi corrigida com a publicação da mencionada lei, que dispõe, *in verbis*:

Art. 1º - (...)

Parágrafo único - Os Direitos Antidumping e os Direitos Compensatórios serão cobrados independentemente de quaisquer obrigações de natureza tributária relativas à importação dos produtos afetados.

Complementarmente, vale dizer que o art. 10, da lei, diz, taxativamente, que as medidas *Antidumping* têm natureza financeira e são consideradas como entradas compensatórias, nos termos do art. 3º, da Lei nº 4.320/64, que dispõe sobre normas de Direito Financeiro.

Por outro lado, a natureza tributária dos Direitos *Antidumping* implica a vedação da retroatividade, em verdadeira afronta ao art. VI, do GATT, que prevê possibilidade de aplicação nos noventa dias anteriores à decisão que determinou a aplicação dos direitos.

8.2 A Natureza Sancionatória dos Direitos *Antidumping*

Partindo da premissa de que os Direitos *Antidumping* não possuem o caráter tributário, passa-se a estudar a segunda corrente doutrinária, para a qual referidos

direitos encerram o caráter punitivo, uma vez que se destinam a coibir atos contrários à livre concorrência no plano internacional.

Mais uma vez, é de se elidir tal possibilidade, visto que o disciplinamento legal a que se sujeitam as penalidades impõe rígida forma de aplicação, como, por exemplo, não permitir que a punição atinja pessoas jurisdicionadas fora do âmbito de aplicação da norma de regência. Em outras palavras, não pode a autoridade brasileira, a saber, a Câmara de Comércio Exterior, aplicar medidas punitivas ao exportador estabelecido no exterior.

Outra observação importante faz alusão às considerações de conveniência e oportunidade na aplicação dos Direitos *Antidumping*, como se sabe, incompatível com a natureza das penalidades.

Com efeito, o artigo 9, do Acordo *Antidumping* faculta às autoridades do país importador a imposição dos direitos, desde que preenchidos os requisitos necessários e que configuram a prática lesiva, em montante nunca superior à margem de *dumping* apurada. A redução é cabível quando as autoridades entenderem que esse montante seja suficiente para eliminar o dano à indústria nacional e seja o bastante para corrigir distorções no comércio internacional e, não, inibir a liberdade das transações.

Registre-se, ainda, que a aplicação dos direitos decorre do dano causado à indústria local do país importador. Dessa forma, o que se leva em conta é o prejuízo causado e não a prática em si, qual seja o ato que enseja a caracterização de infração ou delito.

8.3 A Natureza Financeira dos Direitos *Antidumping*

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, José Del Chiaro Ferreira da Rosa e Mauro Grinberg¹¹, “os Direitos *Antidumping* constituem medidas de proteção econômica.” Acrescentam os autores que

o ato da administração, portanto, [dada a faculdade de impor os direitos] contém uma verificação (existência de dumping ou subsídio), uma avaliação econômica – em caso de dumping – (existência de dano ou ameaça de dano à indústria nacional) e uma eventual imposição (juízo de conveniência e oportunidade).

¹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, ROSA, José Del Chiaro Ferreira da e GRINBERG, Mauro. Direitos Anti-*“dumping”* e Compensatórios: sua Natureza Jurídica e Consequências de tal caracterização. In: Revista de Direito Mercantil nº 96, p. s/d.

Complementam os autores, lembrando que, efetivamente, a imposição dos direitos constitui um ato administrativo discricionário, enquanto os tributos incidem com o caráter vinculado. A possibilidade de o exportador reajustar seus preços, de forma a eliminar a caracterização do dano, consiste em mais um indicativo que afasta a natureza tributária dos direitos em tela.

Diferentemente da liberdade concedida pelo acordo aos aplicadores dos Direitos *Antidumping*, o art. 3º, do Código Tributário Nacional, ao definir tributo como prestação pecuniária compulsória, restringe as considerações de conveniência e oportunidade que caracterizam os atos administrativos discricionários, impondo a obrigatoriedade da cobrança do tributo lançado.

Da mesma forma, a legitimidade para a exigência de tributo decorre de lei, uma vez que só a lei pode criar ou majorar tributo. Em se tratando de Direitos *Antidumping*, a aplicação é determinada por Resolução da Câmara de Comércio Exterior, após a apuração da prática lesiva.

Todavia, não só por exclusão se permite concluir pela natureza financeira dos direitos de que se trata. Com efeito, o art. 3º, da Lei nº 4.320/64, determina que sejam incluídas na lei de orçamento todas as receitas próprias dos órgãos de governo. De outra parte, o art. 10, da Lei nº 9.019/95, que dispõe sobre a aplicação dos direitos previstos no Acordo *Antidumping*, reza, expressamente, que

as receitas oriundas da cobrança dos direitos antidumping e dos direitos compensatórios, classificadas como receitas originárias, serão enquadradas na categoria de entradas compensatórias previstas no parágrafo único do art. 3º da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

Como receitas originárias, os direitos aludidos devem ser entendidos como provenientes do exercício de atividades próprias da administração pública direta, que não se confundem com as receitas derivadas, entre as quais está prevista a arrecadação de tributos e multas. Assim, as receitas originárias não comportam outra espécie de receita, que não as derivadas dos Direitos *Antidumping*.

Dado o exposto, é de se concluir que os Direitos *Antidumping*, aplicados como medida compensatória pela prática lesiva aos interesses econômicos nacionais, possuem natureza financeira.

9. A Retroatividade dos Direitos *Antidumping*

No plano do Direito da Integração, a retroatividade dos Direitos *Antidumping* é regulada pelo parágrafo 6, do artigo 10, do Acordo *Antidumping*, cujo *caput* segue abaixo.

Poder-se-á cobrar retroativamente Direito Antidumping definitivo sobre produtos que tenham entrado para consumo até 90 dias antes da data de aplicação das medidas provisórias, sempre que as autoridades determinem o seguinte acerca do produto importado a preços de dumping:

As cláusulas referenciadas no dispositivo transcrito apontam para os casos de *dumping* nocivo à economia detectados em processos anteriores e para o grande volume de importações efetuadas em curto período de tempo, entre outras. Caso as autoridades do país entendam que os fatores arrolados tenham, já, causado ou venham a causar prejuízos consideráveis quando da aplicação dos direitos definitivos, de modo a tornar inócuo o efeito corretivo que se esperava, os Direitos *Antidumping* podem retroagir.

Para o Ministro Relator do RE 632.250/SC, “é irrelevante a data da celebração do contrato de compra e venda da mercadoria para efeitos de aplicação dos Direitos *Antidumping*.” Justifica o Ministro Joaquim Barbosa, afirmando que os Direitos *Antidumping* “não incidem sobre o negócio jurídico, mas sobre a importação, (...) que se inicia com o Registro da Declaração de Importação.”

Aqui se tem uma nova visão sobre a incidência retroativa dos Direitos *Antidumping*. À evidência, os direitos mencionados não incidem sobre o negócio jurídico, em si, mas sobre a importação da mercadoria, sujeita, ao ingressar no país a processo de despacho aduaneiro, que tem início com o registro da Declaração de Importação junto ao Siscomex.

O Siscomex é um sistema informatizado introduzido no país com o fim de submeter as mercadorias importadas e as destinadas à exportação a processo eletrônico

de controle do cumprimento de exigências legais e de atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas.

Partindo da premissa, aceita dogmaticamente por todos, de que a importação consiste na entrada da mercadoria no país, tem-se que o elemento fático e concreto, em que se consubstancia a entrada da mercadoria, não é outro se não a transposição da fronteira geográfica, política e econômica do território nacional. Assim, torna-se desprezível admitir-se entendimento diverso, como, por exemplo, a celebração do contrato, o embarque da mercadoria ou qualquer outro fato.

Vale dizer, nos termos expostos pelo Acordo Antidumping, os direitos podem ser aplicados sobre as mercadorias entradas no território aduaneiro nos noventa dias que antecederam o ato em que se formalizou a exigência.

10. Conclusão

Como visto linhas atrás, a retroatividade, ou não, dos Direitos *Antidumping* está condicionada à definição da sua natureza jurídica. À guisa de conclusão, pode-se afirmar que o caráter tributário, assim como o punitivo, restam liminarmente afastados.

No primeiro caso, pela impossibilidade de se conciliar os direitos à definição de tributo encontrada no art. 3º, do Código Tributário nacional, bem como às demais peculiaridades conferidas aos tributos por aquele diploma legal.

Da mesma forma, é impróprio falar-se em natureza punitiva, tendo em vista a discricionariedade do aplicador dos direitos, cuja liberdade para graduar – ou mesmo excluir – a aplicação do encargo não se coaduna com essa qualificação.

A retroatividade, convém assinalar, gera consequências desastrosas para o importador que introduziu no país mercadorias sujeitas aos direitos. Isto porque o ônus incidirá sobre produtos já comercializados pelo importador sem os acréscimos decorrentes de uma futura imposição dos direitos, por falta de previsão.

Evidentemente, é impensável que o importador pudesse prever a imposição dos Direitos *Antidumping*, de modo a permitir a cobrança de sobrepreço. Tampouco, é de se imaginar que o importador fosse manter as mercadorias em depósito, enquanto aguardava o resultado do processo de investigação do *dumping*. Nada disso, no entanto, afasta a incidência dos direitos.

Essa é uma consequência inevitável e, pior, irremediável, pelo menos enquanto vigorarem os acordos internacionais nos termos em que foram firmados.

As amarras contidas na Resolução CPA 1.227/87, terminantemente inapropriadas, segundo os modelos de interpretação mais afinados com o mundo jurídico, não mais existem, já que foram corrigidas pelo parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.019/95.

A incerteza jurídica estudada no presente trabalho decorre da omissão do GATT, assim como do Acordo *Antidumping*, sobre a natureza jurídica dos direitos em questão. À lei, aqui empregada em seu sentido amplo, não compete definir, mas sim estabelecer comandos normativos. De todo modo, vale assinalar que nenhuma indicação foi feita nos atos citados que pudesse levar o intérprete a uma conclusão satisfatória e convincente, diferente da que foi esposada neste texto.

Definida a natureza financeira dos Direitos *Antidumping*, tendo em vista o caráter compensatório que encerram, chega-se à conclusão de que os Direitos *Antidumping* podem perfeitamente retroagir para alcançar situações já definidas no tempo.